



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIV ciclo

Tesi di Dottorato

**Le controversie tra operatori e utenti
innanzi all'Agcom**

Relatore

Prof.ssa Daria de Pretis

Dottoranda

Alessia Di Mauro

anno accademico 2010-2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Alessia Di Mauro

Le controversie tra operatori e utenti innanzi all'Agcom

Relatore Prof.ssa Daria de Pretis

Anno Accademico 2010-2011

Indirizzo specialistico in Scienze pubblicistiche

XXIV ciclo

Esame finale: 18/04/2012

Commissione esaminatrice:

Prof. Antonio D'Aloia, Università degli Studi di Parma

Prof. Paolo Carrozza, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Prof. Paolo Veronesi, Università degli Studi di Ferrara

Alla mia famiglia

e a Genny senza il quale mi sarei persa “dalla prima all’ultima pagina”

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	1
CAPITOLO PRIMO	
RIMEDI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE – I PRINCIPI GENERALI	
1. Il principio di buona amministrazione. Imparzialità, buon andamento e ragionevolezza.....	3
1.1. Il principio di legalità.....	10
1.2 Giusto procedimento, partecipazione e trasparenza.....	11
1.3 Economicità, efficacia ed efficienza.....	14
1.4 Il principio di leale concorrenza.....	15
1.5 (Cenni) I principi costituzionali rilevanti in materia di telecomunicazioni. Artt. 2, 15, 21.....	17
2. <i>Alternative Dispute Resolution</i> e una più ampia offerta di giustizia	19
CAPITOLO SECONDO	
LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE	
SEZIONE I – LA DISCIPLINA DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE	
A IL PANORAMA COMUNITARIO	
1. L'ordinamento delle comunicazioni elettroniche. Il quadro generale.....	35
2. La normativa di riferimento.....	38
2.1 Le direttive di I, II e III generazione.....	39
3. Attività di <i>rulemaking</i> e <i>adjudication</i>	45

INDICE

B L'ASSETTO NAZIONALE

1. Le origini: la legge 14 novembre 1995, n. 481 e la Legge 1997, n. 249.....	50
2. Il codice delle comunicazioni elettroniche.....	52
3. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.....	54
3.1 I Comitati Regionali per le Comunicazioni (Co. Re. Com.).....	61

SEZIONE II – ASPETTI PROCEDIMENTALI E PROVVEDIMENTALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. (Cenni) L'autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e la “ripartizione” delle competenze.....	63
2. Tutela <i>ex post</i> dell'Autorità.....	66
2.1 Attività di vigilanza, gestione delle segnalazioni e attività sazionatoria...	66
2.2 Le procedure alternative di risoluzione delle controversie introdotte dalle leggi n. 481/'95 e n. 249/'97	69
3. Il Regolamento di risoluzione delle controversie adottato con la delibera 173/07/CONS.....	75
3.1 La procedura (in sintesi).....	79
3.2 I soggetti legittimati. La definizione di “utente” secondo il codice del consumo e quello delle comunicazioni elettroniche.....	87
3.2.1 La definizione tra “utente” e “cliente-consumatore”.....	89
4. La procedura innanzi ai Co.Re.Com.	93
4.1 L'udienza di conciliazione.....	95
4.2 I provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio previsti dal regolamento.....	97
5. La presentazione dell'istanza all'Autorità.....	98
5.1 La procedura innanzi all'Agcom.....	99
5.2 L'udienza e la decisione vincolante dell'Agcom.....	100
6. La decisione della controversia presso il Co.Re.Com.....	103
7. Il regolamento degli indennizzi.....	105
8. L'istituzione dell'OTA.....	107

INDICE

CAPITOLO TERZO

L'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA PREVISTA INNAZI ALL'AGCOM

SEZIONE I – INDAGINE CONOSCITIVA

1. Area Sud.....	112
2. Area Centro.....	117
3. Area Nord.....	119
4. Valutazione complessiva.....	122

SEZIONE II – LE PRONUNCE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

1. Le controversie tra utenti e operatori dal 2004 ad oggi.....	127
2. Periodo 2003 – 2005.....	131
3. Periodo 2006 – 2008.....	135
4. Periodo 2009 – 2011.....	138
5. Peculiarità delle pronunce.....	142
6. Valutazioni conclusive.....	151

CAPITOLO QUARTO

UNA COMPARAZIONE CON L'OFCOM BRITANNICO

1. Storia della regolamentazione del settore delle telecomunicazioni (cenni)..	155
2. L'Autorità delle Telecomunicazioni nel Regno Unito.....	157
2.1 Le funzioni dell' <i>Office of Communication</i>	162
3. I mezzi di tutela predisposti dall'Ofcom	165
3.1 Controversie tra operatori e utenti (cenni).....	166
3.2 Tutela del consumatore.....	169
3.2.1 <i>Office of the Telecommunications Ombudsman (Otel)</i>	173
3.2.2 <i>Communications and Internet Services Adjudication Scheme (CISAS)</i> ..	176
3.3 <i>L'Office of the Telecommunications Adjudicator (OTA)</i>	178
4. Natura dei reclami.	182

INDICE

CAPITOLO QUINTO

ASPETTI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE

1. Caratteri dell'Autorità: l'indipendenza funzionale ed organica.....	185
1.1 (Segue) Autonomia economica e finanziaria.....	188
1.2 (Segue) <i>Accountability</i>	191
2. Il controllo di legalità sugli atti dell'Autorità e la sindacabilità delle scelte tecniche.....	194
3. Natura del tentativo obbligatorio di conciliazione e conseguenze sulla tutela giurisdizionale.....	198
4. Il nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs 2 luglio 2010, n. 104).....	200
5. Azioni individuali e <i>class action</i> , pericolo di una sovrapposizione di tutela.....	202
6. La mediazione nel processo civile.....	205
7. Prospettive: verso un'armonizzazione con l'istituzione del Berec. Dall' <i>Alternative Dispute Resolution</i> all' <i>Appropriate Dispute Resolution</i>	210

CONCLUSIONI

1. La rilevanza dei rimedi alternativi. Un primo bilancio.....	217
2. Profili comparati dell'analisi.....	222
3. L'interazione tra la funzione giustiziale e la funzione giurisdizionale.....	226

BIBLIOGRAFIA.....	231
-------------------	-----

ABSTRACT

La scelta di scrivere dell'argomento delle controversie tra operatori e utenti innanzi all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è stata dettata da diversi fattori. Il motivo principale, al di là dell'interesse per la materia, è da rinvenirsi nell'attualità dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, in genere nella tutela del consumatore ed in particolare nelle telecomunicazioni, settore in cui riveste importanza sempre più incisiva.

Obiettivo del lavoro è svolgere una valutazione sul sistema di risoluzione delle controversie tra gli operatori telefonici e gli utenti, valutandone il grado di accessibilità, efficacia ed effettività

Al fine di "misurarne" l'efficacia e l'effettività si è proceduto alla redazione di un breve questionario e alla sua diffusione. Il *modus procedendi* è stato il seguente: (i) si è diffuso ad un campione di 300 persone (che lo hanno compilato in forma anonima) di tre differenti zone geografiche d'Italia, 100 persone per l'area Sud (Napoli, Salerno, Catania e Lecce), 100 per il Centro (Roma, Perugia, Bologna e Firenze), 100 per il Nord (Milano, Bergamo, Pavia, Trento e Verona); (ii) le persone intervistate sono state divise in base: a) all'età, compresa tra i 20 e i 65 anni; b) ad estrazione sociale; c) alla formazione e all'impiego. Infine si sono elaborati i risultati attraverso delle percentuali (basate sugli indici di età, area geografica e professione) dalle quali è stato possibile ricavare il grado di effettività di una tutela alternativa prevista nel settore delle telecomunicazioni.

Il lavoro si struttura nel modo seguente. In primo luogo si considerano i principi generali del diritto amministrativo rilevanti per l'oggetto della dissertazione, introducendo il concetto di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) e continuando con una panoramica sulla normativa, comunitaria e nazionale, che disciplina il settore delle comunicazioni elettroniche. Si approfondirà, poi, la morfologia del sistema italiano circa il sistema di risoluzione delle controversie in materia di telecomunicazioni, in un'ottica comparata con il Regno Unito, concludendo con

un'analisi critica sui sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione, sulle loro possibili prospettive ed effettive difficoltà.

CAPITOLO PRIMO

I RIMEDI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE – I PRINCIPI GENERALI

1. Il principio di buona amministrazione. Imparzialità, buon andamento e ragionevolezza.

Gli uffici della pubblica amministrazione pongono in essere un'attività funzionalizzata, ossia un'attività (che dovrebbe essere) volta al perseguimento dell'interesse pubblico. A garanzia di tale fine è previsto che l'organizzazione della pubblica amministrazione sia imparziale nel senso di non discriminare i soggetti coinvolti nell'azione amministrativa. Secondo un'accezione attiva, il principio di imparzialità si esplica in riferimento all'attività della pubblica amministrazione, che deve perseguire i propri obiettivi in maniera imparziale, traducendosi nel principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Secondo la norma di tale articolo non si esclude che la pubblica amministrazione possa esprimere valutazioni discrezionali circa interessi diversi ma impone che le sue decisioni vengano prese nell'osservanza della legge e senza alcuna arbitraria discriminazione tra i soggetti coinvolti.

L'attività amministrativa può essere definita quale attività mediante la quale la Pubblica Amministrazione provvede in concreto alla cura e alla soddisfazione degli interessi che le sono affidati¹. Nel suo concreto operare la P.A. è soggetta al rispetto di alcuni principi assoluti, che devono essere rispettati, pena l'illegittimità dell'azione amministrativa; relativi, quei principi che possono essere limitati a

¹ Il principio di imparzialità “esprime un concetto tanto ovvio da essere banale: in un regime statale, retto dalla sovranità popolare, è addirittura impensabile che l'apparato, in cui la comunità esprime la propria organizzazione, possa agire a favore di uno, piuttosto che di un altro soggetto, o contro uno, piuttosto che contro un altro” – F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.

seguito del bilanciamento con altri principi, ritenuti prevalenti nel caso di specie. Rientrano nella prima categoria i principi di legalità, di imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, economicità, efficienza ed efficacia; fanno parte del secondo “gruppo” i principi del giusto procedimento, del legittimo affidamento e consequenzialità, ossia quei principi che, seppur importanti, possono essere sacrificati in nome di altri interessi ritenuti più importanti.

Si è andata gradualmente affermando la consapevolezza dell’esistenza in capo alla P.A. del dovere di buona amministrazione. In quest’ottica, ci si avvale di alcuni principi-parametri per poter individuare concretamente un’amministrazione pubblica che operi ottemperando al principio di buona amministrazione. Tali principi sono quelli di imparzialità², buon andamento e ragionevolezza riconducibili all’art. 97 della Costituzione. Trattasi di concetti giuridici dal carattere indeterminato e dinamico che nel corso degli anni hanno assunto il valore di *legal standards* attraverso cui si persegue il raggiungimento della giustizia sostanziale.

Il concetto di buona amministrazione definito come contrario della *maladministration* è un principio che “ingloba” il dovere di rispettare una serie di garanzie inerenti l’esercizio delle potestà discrezionali, quali l’obbligo di coerenza, dovere di diligenza, fissazione del termine di un procedimento e l’accesso ai documenti (per dirne solo alcuni)³.

² Sul tema dell’imparzialità si veda, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1968; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale* (a cura di Cassese), I, Milano, 2003, 173 ss; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; U. ALLEGRETTI *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, VIII, Torino, 1993, 131; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958; C. PINELLI, *Art. 97 1° comma, parte II Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 31 ss.

³ G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituzioni*, Milano, 2008.

Ai sensi dell'art. 97, comma I, della Costituzione “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione”.

Il principio di imparzialità che, come visto, era riferito soprattutto all'organizzazione degli uffici ha conosciuto un'evoluzione, costituendo garanzia che l'attività dell'amministrazione non fosse influenzata in modo improprio dal potere politico (o meglio dalla maggioranza governativa). In seguito è venuto a configurarsi come regola generale di tutto l'agire.

Si veda, infatti, come nel primo decennio dall'approvazione della Costituzione si riteneva che l'imparzialità (e il buon andamento) avessero una portata meramente teorica e priva di contenuto giuridico e che dovesse riferirsi esclusivamente all'organizzazione degli uffici amministrativi e non potesse essere riferita anche alla loro attività. Solamente negli anni Sessanta acquistano valore precettivo, rappresentando una garanzia per il raggiungimento del massimo di obiettivizzazione per l'attività amministrativa (naturalmente parziale). L'evoluzione dei principi in questione è stata arricchita notevolmente da dottrina e giurisprudenza che negli anni hanno aggiunto significati e interpretazioni sino a portare tali principi alle accezioni contemporanee. Secondo il principio di imparzialità l'amministrazione ha l'obbligo di ponderare gli interessi coinvolti nell'esercizio delle sue funzioni e di “scegliere” la soluzione che, pur comportando sacrifici di taluni interessi, risulti essere quella più coerente e proporzionata alla fattispecie concreta e al soddisfacimento di un interesse pubblico “superiore”. Nonostante si tenti di attribuire all'imparzialità un'autonomia concettuale, è inscindibile il legame e la co-dipendenza con altri principi - “parametri” quale il principio di eguaglianza, di legalità e buon andamento⁴.

Come già definito da autorevole dottrina⁵ l'imparzialità costituisce sia un dovere di parità di trattamento sia un divieto di favoritismi nell'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione volta alla tutela dell'interesse pubblico primario.

⁴ Si vedano le sentenze della Corte Cost., 11 maggio 1993, n. 333 e Corte Cost. 11 ottobre 1985, n. 234.

⁵ P. BARILE, *op cit.*; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 85.

Se si considerano gli art. 51 e 98 Cost. l'imparzialità avrà connotati organizzativi, relativi all'assenza di qualsiasi dipendenza, oltre quella politica. Il comma III dell'art. 97 Cost. fa riferimento all'accesso ai pubblici impieghi che deve avvenire a seguito di concorsi, in modo da garantire contestualmente l'imparzialità (nell'accesso nella struttura amministrativa) e la scelta dei migliori a seguito dell'esperimento del concorso e della loro vittoria.

Dall'imparzialità è opportuno distinguere il concetto di neutralità che indica la sostanziale indifferenza in capo ad una pubblica amministrazione rispetto agli interessi che è chiamata a regolare⁶.

L'imparzialità "non può giungere sino al punto di implicare la totale indipendenza dal Governo e, sotto questo profilo, è giusto rivelarne la diversità dalla neutralità degli organi, che hanno compiti di pura aggiudicazione e che li svolgono, appunto, con quella totale indipendenza. Non c'è tuttavia alcuna ragione di principio per escludere che l'imparzialità possa avere significati diversi in contesti diversi e possa esigere in ciascuno di essi requisiti diversi di distanza dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sino a caratterizzare le situazioni di semi-indipendenza, che abbiamo visto emergere nella modellistica delle nuove autorità"⁷.

Concludendo, il principio di imparzialità ha un duplice significato: uno relativo all'organizzazione e alla struttura degli uffici e l'altro relativo ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che devono "lavorare liberamente", ossia non devono subire alcuna influenza da parte di forze ed interessi esterni, agendo così in modo indipendente. L'evoluzione del concetto del principio di imparzialità ha portato a farlo diventare principio cardine dell'azione amministrativa.

Il principio di buon andamento è stato, di volta in volta, identificato con la predisposizione di strutture e moduli di organizzazione volti ad assicurare un'ottimale funzionalità (Sent. Corte Cost. n. 234 del 1985); o rappresentato come obiettivo di tempestività ed efficienza dell'azione amministrativa (Sent. Corte Cost.

⁶ "Un'attività che si svolge in posizione di estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei cui confronti opera", A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964.

⁷ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1997, p. 661.

n. 404 del 1997 e sentenza n. 40 del 1998); o definito “principio di efficienza”(Sent. Corte Cost. n. 104 del 2007); infine inteso come economicità di gestione⁸ e contenimento dei costi dei servizi pubblici (Sent. Corte Cost. n. 60 del 1991 e n. 356 del 1992).

Il principio del buon andamento, espresso all’art. 97 Cost., impone che l’azione amministrativa, per svolgersi secondo le regole di “buona amministrazione” si ispiri a criteri di matrice economica, ossia al criterio di efficacia e di efficienza.

Con il termine efficienza si intende il rapporto tra i risultati raggiunti dall’azione amministrativa e la quantità delle risorse impiegate; per efficacia dell’azione amministrativa si intende, invece, la capacità di conseguire gli obiettivi preventivamente stabiliti⁹.

Come è intuitivo tali criteri non sono necessariamente coincidenti dal momento che potrebbe verificarsi l’ipotesi in cui una amministrazione operi in modo efficiente (in relazione alle scarse risorse di cui è titolare) ma non efficace; o, al contrario, l’ipotesi in cui una pubblica amministrazione sia efficace poiché raggiunge gli obiettivi prefissi, utilizzando però le risorse in modo non efficiente.

8 In continuità con le scelte già operate negli anni precedenti in termini di contenimento dei costi di gestione, l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha ritenuto opportuno intervenire sulla questione della riduzione degli sprechi derivanti dalla produzione e dal mantenimento di documentazione in forma cartacea (dematerializzazione). La legge n. 69 del 2009, al fine di contenere gli oneri connessi alla pubblicazione cartacea degli atti e dei provvedimenti ha disposto che a partire dal 1° gennaio 2011 “*gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati*”, l’Autorità ha adottato la delibera n. 125/11/CONS. Essa stabilisce che tutti gli atti e i provvedimenti recanti decisioni dell’Autorità siano pubblicati nel sito web e solo in presenza di una specifica previsione siano pubblicati anche nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

⁹ A parere di chi scrive i criteri di efficienza ed efficacia potrebbero essere “sintetizzati” nel principio di economicità, inteso quale ottimizzazione dei risultati che devono essere raggiunti in relazione alle risorse effettivamente a disposizione di una pubblica amministrazione. La ragionevolezza è intrinsecamente collegata al principio di proporzionalità, in base al quale l’azione della pubblica amministrazione non dovrebbe andare oltre quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi prefissi.

Il principio del buon andamento, poiché collegato in modo molto stretto con i principi di legalità e di imparzialità, può sfociare in un controllo sulla non arbitrarietà e non irragionevolezza dell'attività posta in essere da una pubblica amministrazione¹⁰. Il buon andamento inteso quale parametro di efficienza costituisce criterio in relazione al quale è possibile valutare la legittimità dell'atto amministrativo piuttosto che verificarne solo il risultato. A questa posizione è giunta anche la giurisprudenza costituzionale riconosce al principio in esame il valore di parametro di legittimità delle scelte discrezionali effettuate dal legislatore nella organizzazione degli apparati e dell'attività amministrativa¹¹.

Collegato ai principi appena esaminati è il principio di ragionevolezza che impone alla pubblica amministrazione di operare secondo razionalità al fine di evitare decisioni che possano risultare arbitrarie e/o irrazionali¹². Secondo tale principio la P.A. è tenuta a ponderare tutti gli interessi presenti, ossia a “bilanciarli” in modo giustificabile nell'adozione di una decisione la P.A. dovrà verificarne in primo luogo la ragionevole corrispondenza ai criteri di giustizia sostanziale.

Tale principio dovrebbe rispondere ad un'esigenza di “finalità”, nel senso che vi dovrebbe essere corrispondenza e logicità tra la decisione (e più in generale l'agire)

¹⁰ E' possibile ritenere che il principio del buon andamento dell'attività amministrativa (oltre che all'organizzazione degli apparati) non sia assoluta, e che possa trovare una deroga o una lacuna nel settore dell'amministrazione della giustizia; e che in relazione a tale ambito tale principio sia limitato all'ordinamento degli uffici giudiziari e non anche all'esercizio della funzione giurisdizionale.

“Il principio della buona amministrazione assume rilievo in ordine ad un problema che da più parti è considerato tra i più seri dei nostri tempi, quello della tutela non giurisdizionale dei cittadini nei confronti dell'amministrazione. (...) Si tratta, piuttosto, di dare una tutela contro i ritardi, le inadempienze, le malversazioni perpetrati nei confronti del singolo” G. DELLA CANANEA, op. cit.

¹¹ Si veda la sent. Corte cost. n. 9 e n. 47 del 1959

¹² La violazione del principio di ragionevolezza è indice sintomatico dei vizi di eccesso di potere, difetto di motivazione e disparità di trattamento in situazioni simili.

della pubblica amministrazione e i presupposti di fatto che hanno determinato la stessa.

Si può pacificamente sostenere che (il rispetto del-) la ragionevolezza operi sotto un profilo logico relativo ai fini indicati dalla legge e rispondente agli interessi coinvolti nel caso di specie. La ragionevolezza si concreta nel bilanciamento qualitativo degli interessi coinvolti e nella giustificabilità di tale bilanciamento. Per chiarezza espositiva è opportuno differenziare la ragionevolezza dal principio di proporzionalità. Questo comporta una valutazione sulla misura dell'esercizio del potere amministrativo, secondo cui la P.A. deve adottare la soluzione idonea a comportare il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti. La proporzionalità si può misurare con i criteri di: (i) idoneità del rapporto tra il mezzo impiegato e il fine da perseguire; (ii) necessità, cioè l'obbligo di scegliere la soluzione che determina il raggiungimento dell'obiettivo con il minor sacrificio possibile degli altri interessi; (iii) adeguatezza del mezzo operato rispetto all'obiettivo da perseguire, intesa quale vincolo qualitativo della scelta.

Le considerazioni fatte fino a questo momento hanno rappresentato un ponte, un *continuum* tra passato, presente e futuro; se da un lato ricalcano la massima *nemo iudex in causa propria*, dall'altro riprendono quanto contenuto in disposizioni comunitarie ai fini di garantire un'effettività della tutela dei soggetti lesi, basti considerare il disposto dell'art. 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea¹³ (Cedu). Il punto centrale e di snodo che si intende analizzare in questa dissertazione è relativa all'effettività della tutela (non solo giurisdizionale) predisposta dal nostro ordinamento, con uno sguardo rivolto al Regno Unito, le braccia aperte al diritto e all'esperienza comunitaria e vedere l'interazione e la reazione tra le diverse culture giuridiche.

¹³ L'art. 6 della Cedu è richiamato dal "considerando" n. 14 della Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

1.1 Il principio di legalità.

Costituisce uno dei principi fondamentali del diritto amministrativo secondo il quale l'attività amministrativa deve trovare la sua fonte nella legge, secondo i poteri e le modalità in essa prescritte. Il principio di legalità, cui si ricollegano forti motivazioni di ordine ideale e politico, è alla base del cosiddetto *Stato di diritto* in cui tutti i poteri devono essere subordinati alla legge. L'art. 97 sancisce che “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”, nonostante la norma si riferisca all'organizzazione degli uffici della pubblica amministrazione, è pacifico ritenere che si estenda anche all'attività della pubblica amministrazione, come si evince dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., da cui si desume che l'attività della P.A. è assoggettata al controllo giurisdizionale. L'art. 113 stabilisce inoltre che “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa” e dalla Legge sul procedimento amministrativo (Legge 14 agosto 1990, n. 241) secondo la quale “l'attività amministrativa persegue i fini che sono determinati dalla legge”¹⁴, in base alla quale tutta l'attività amministrativa, indipendentemente dagli strumenti impiegati, deve trarre ispirazione dalle finalità indicate dal legislatore ed ancor prima dalle norme costituzionali.

Caratteristica del principio di cui si discute è la molteplicità di accezioni che può avere, dalle più strette o formali a quelle più ampie. Secondo un'accezione formale la P.A. non può porre in essere attività contraria al disposto normativo e la stessa per poter operare deve avere un fondamento normativo. Il rispetto cioè della tipicità degli atti e il divieto del ricorso ai cd. poteri impliciti. Il senso dell'accezione più ampia, principio di legalità sostanziale, invece, sta ad indicare il rispetto della disciplina legislativa in senso lato da parte della P.A. nell'esercizio delle sue funzioni.

¹⁴ A livello comunitario è prevista una norma che sancisce confini più ampi il principio di legalità, si vedano gli artt. 220 e 230 Tr. Ce.

Alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, i giudici chiedono alle PP.AA. il rispetto dei principi generali, nazionali e comunitari, fino ad un rispetto della *rule of law*, del diritto nel suo insieme e nella sua accezione più ampia. Quando l'azione della pubblica amministrazione non si svolge nel rispetto di questi principi diviene “ingiusta”, tradisce i suoi fini, e in questi casi l'ordinamento giuridico accorda ai cittadini degli strumenti di controllo sull'operato delle amministrazioni e di difesa dai possibili “abusi”.

1.2 Giusto procedimento, partecipazione e trasparenza.

Anche se non sempre è stato così, nel corso dell'evoluzione del diritto amministrativo è stato riconosciuto il diritto agli interessati¹⁵ e ai controinteressati¹⁶ di partecipare al procedimento preordinato all'emanazione del provvedimento amministrativo nel quale hanno interesse.

Naturale ampliamento di tale “conquista del diritto” si è avuto con la previsione della norma dell'art. 10-bis, L. 241/’90 che prevede, nei procedimenti ad istanza di parte, la garanzia partecipativa della parte a fronte di un provvedimento di rigetto dell'istanza da parte dell'amministrazione. Secondo parte della dottrina¹⁷ il principio del giusto procedimento coincide con quello del contraddittorio, ossia del principio che “si ha” nei procedimenti di limitazione dell'autonomia privata al fine di garantire al destinatario del provvedimento il diritto di far sentire la propria opinione prima dell'adozione del provvedimento. Secondo altri¹⁸, invece, trattasi di due principi diversi, dove il principio del contraddittorio “è stemperato dal più ampio principio del giusto procedimento (...)” che riconosce ad interessati e controinteressati il diritto

¹⁵ Per interessati si intendono “coloro che possono dimostrare un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”, art. 22 L. 241/1990

¹⁶ Con il termine contro interessati si intendono “tutti i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza”, art. 22 L. 241/1990.

¹⁷ S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006 .

¹⁸ R. GAROFOLI, G. FERRARA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

di partecipare al procedimento, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, l'obbligo di motivazione e la ragionevole durata del procedimento. In quest'ottica la partecipazione procedimentale nel contraddittorio delle parti, oltre ad essere parametro della legittimità dell'atto, rappresenta anche un criterio di legalità procedurale, a garanzia del principio di uguaglianza, parità e simmetria che devono essere perseguite anche nel processo, a cui naturalmente collegato l'essenza¹⁹.

La partecipazione, attraverso cui si realizza il giusto procedimento è comune allo stesso tempo ad amministrazione, giustizia e democrazia²⁰. Dal punto di vista dell'agire della P.A. la partecipazione serve a rendere più efficace l'azione amministrativa, ed è, quindi, in tal senso, in funzione di quest'ultima²¹.

¹⁹ Inoltre il principio del giusto processo è costituzionalmente previsto a differenza del principio del giusto procedimento; si legge in L. P. COMOGGIO, *La riforma del processo amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 3, 2001, "I principi, oggi accolti dagli artt.3, 7-13 della L.7 agosto 1990, n.241, generalmente non si reputano coperti da una protezione costituzionale diretta, salva restando la portata ermeneutica o integrativa dei principi del "buon andamento" e della "imparzialità" della pubblica amministrazione, sanciti dall'art.97, I comma, Cost. Si ritiene, comunque, che il "giusto procedimento", da cui scaturisce la necessità della partecipazione procedimentale di tutti i soggetti coinvolti o interessati, rappresenti, in armonia con il canone generale *audiat et altera pars*, un fondamentale "criterio di orientamento", sia per il legislatore, sia per l'interprete".

²⁰ "Di qui l'esigenza di assicurare la partecipazione dei privati in forme articolate e differenziate, a seconda dei "luoghi" della regolazione", G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

Si legge inoltre "il diritto al contraddittorio procedimentale, non diversamente da quello processuale, rientra nel più generale diritto di azione e di difesa. Tuttavia nel procedimento amministrativo il principio del contraddittorio assume particolare rilevanza giuridica, perché consente all'interessato di acquisire e di esercitare pienamente, la qualità di "parte" nel procedimento", E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 27.

²¹ "Essa distoglie l'amministrazione dall'eseguire i dettami del vertice politico. Mette in conflitto la collettività con i propri rappresentanti. Oppure mette in conflitto una collettività o un gruppo più ristretto con quello più ampio, rappresentato in Parlamento. Rallenta, frena, appesantisce l'azione amministrativa", S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – saggio di diritto comparato*. Scritto presentato agli studenti del corso di diritto amministrativo della facoltà di Scienze politiche dell'Università della Tuscia (Viterbo) l'11 dicembre 2006 ed è l'introduzione ad una serie di seminari di diritto amministrativo comparato dell'Istituto di ricerche sulla pubblica

Secondo Cassese è corretto parlare di partecipazione in funzione di giustizia; si può verificare l'anticipazione dell'esercizio del diritto di difesa dalla fase processuale a quella procedimentale. Tuttavia se da un lato può sembrare che vi sia una tutela maggiore tale forma di partecipazione risulta meno efficace di quella che si realizza nel processo, in considerazione delle minori garanzie offerte. Infine, sempre riprendendo il pensiero di Cassese, tale forma di tutela si propone di migliorare le garanzie dell'interessato, ma vi è il rischio di allungare la durata del procedimento, determinando inefficienza in capo alla P.A.

Una volta garantito ed espletato il diritto di partecipazione, ci si interroga sul “se” l'attività posta in essere dalla P.A. sia autenticamente presa nell'interesse del bene pubblico che si ritiene opportuno tutelare. Infatti, se la P.A. , nell'esercizio delle proprie funzioni, si trova in una posizione superiore, la decisione non può essere autenticamente collettiva. Potrebbe essere un rimedio scindere l'amministrazione procedente nell'ufficio che istruisce e nell'ufficio decidente. Durante la fase decisoria, la P.A. deve ponderare tutti gli interessi coinvolti alla luce degli elementi raccolti durante la fase istruttoria e darne idonea motivazione. Concludendo, anche in quest'ultima fase, quindi, si potrebbe dire che esiste una sorta di dibattito documentale²².

Il principio del giusto procedimento, probabilmente anche in relazione all'interazione con interessi di tipo economico, si rinviene, a livello comunitario, nel settore degli appalti pubblici, secondo quanto previsto dalle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE. In tale ambito emergono alcuni principi di primaria rilevanza, quali il diritto di difesa delle imprese partecipanti, specialmente rispetto ai provvedimenti potenzialmente restrittivi dei diritti di partecipazione garantiti dal Trattato, il principio del contraddittorio scritto ed orale tra impresa partecipante ed amministrazione aggiudicatrice, l'obbligo di motivazione e il principio di imparzialità e terzietà nella ponderazione degli interessi coinvolti nel caso di specie. La stessa disciplina prevede,

amministrazione – IRPA (2007). In generale sul concetto di “funzione” si veda F. BENVENUTI, in *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1952 e in relazione alle decisioni “contenziose” di autorità amministrative, si veda A. M. SANDULLI, in *op. cit.*

²² S. CASSESE, *La partecipazione dei privati op. cit.*

inoltre, per quanto collegato con l'oggetto della dissertazione, la possibilità per l'interessato di poter opporsi alle decisioni dell'amministrazione sia in via amministrativa che in via giurisdizionale.

L'esercizio del diritto di partecipazione ha un forte legame con il principio della trasparenza; si pensi ad esempio alla possibilità di accedere ai documenti e alle informazioni. Aspetto da sottolineare, tuttavia, è che la partecipazione non è garantita in modo assoluto e quindi può essere soggetta a limitazioni. L'ampiezza della tutela garantita al diritto all'informazione ed il relativo livello di trasparenza sono variabili e dipendono, oltre che dal caso di specie, dal tipo di ordinamento considerato dal contemperamento tra esigenze di tutela del singolo e degli interessi pubblici, del diritto alla riservatezza e dalla garanzia del diritto all'informazione²³.

L'evoluzione dei principi del diritto amministrativo ha portato ad un importante cambiamento negli ordinamenti giuridici. In particolare in quelli europei si è verificato ciò che è accaduto negli USA anni prima, tradizionalmente molto aperti alla diffusione dell'informazione attraverso un'ampia partecipazione individuale e collettiva dei cittadini. Si può parlare pertanto di un "nuovo" diritto amministrativo dove sempre maggiore attenzione ha il rispetto e la tutela del principio di partecipazione degli interessati ai procedimenti²⁴.

1.3 Economicità, efficacia ed efficienza.

Come già detto a proposito del principio del buon andamento, i principini economicità, efficacia ed efficienza, sono dei principi di derivazione economica che si pongono quale parametri per valutare dell'operato di una pubblica

²³ Vi è da dire che spesso accade che gli Stati agiscono in modo solo apparentemente ponderato, nascondendosi dietro una finta tutela della riservatezza di soggetti terzi coinvolti. Si esprime in questo senso G. NAPOLITANO, in *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007.

²⁴ Si veda anche con la Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l'accesso alla giustizia, ratificata in Italia con la legge n. 108 del 2001.

amministrazione e assumono particolare importanza poiché la loro *ratio* è quella di evitare inutili appesantimenti dell'azione amministrativa.

L'economicità sta ad indicare il rapporto tra i mezzi a disposizione della P.A. e i risultati da essa raggiunti, imponendo un uso razionale ed adeguato delle risorse di cui dispone. Spesso tale principio trova il suo *alter ego* nel divieto di aggravare il procedimento, ad eccezione di quando ciò sia dettato da motivate esigenze.

Il principio di efficacia sta, invece, ad indicare il rapporto tra gli obiettivi fissati ed i risultati effettivamente raggiunti. Con tale parametro si va a osservare e valutare la continuità tra quanto fissato in sede politica, in termini di obiettivi, e quanto la pubblica amministrazione è stata in grado di attuare e perseguire.

Infine, l'efficienza in riferimento all'azione posta in essere dal soggetto pubblico, sta ad indicare il bilancio tra i costi sostenuti e i vantaggi ottenuti, si traduce quindi in un rapporto che analizza i costi e benefici raggiunti.

Alla luce di questi principi la pubblica amministrazione deve tendere ad agire secondo il rispetto dell'analisi costi-benefici ed a valutare la propria attività in termini di risultati e non solo di mera legalità formale. Al fine di perseguire questa direzione è molto importante la predisposizione dei controlli di gestione²⁵, che mirano per l'appunto a verificare nel complesso le *performances* delle pubbliche amministrazioni. Il controllo di gestione, infatti, è una procedura diretta a verificare lo stato di attuazione degli obiettivi programmati nonché l'efficacia, efficienza ed economicità di tali obiettivi, attraverso l'analisi delle risorse acquisite e la comparazione tra i costi, la quantità e la qualità dei servizi offerti.

1.4 Il principio di leale concorrenza.

Il principio di leale concorrenza a partire dalla fine degli anni Novanta è stato un principio fondamentale nell'evoluzione del diritto e che ha guidato l'intero passaggio del settore delle telecomunicazioni dal monopolio alla tensione verso la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione. Principio proprio del diritto

²⁵ La fonte normativa principale in materia è il D.Lgs. 70/1995

comunitario, ha determinato grandi cambiamenti nel mercato (anche) nazionale, ha ispirato importanti interventi legislativi, comunitari prima e nazionali poi

L'obiettivo che persegue nel settore delle telecomunicazione attraverso il principio della concorrenza è quello di ridurre la regolamentazione²⁶ *ex ante* in misura proporzionale all'aumento del grado di concorrenza. Obiettivo per le autorità di regolazione e di vigilanza è trovare il difficile punto di equilibrio tra il controllo della regolazione *ex ante* e della concorrenza *ex post*. Tuttavia, con il passare del tempo si è optato per il cd. doppio binario, caratterizzato sia da un intervento antitrust sia regolatorio, successivamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza nazionale²⁷ e comunitaria²⁸. Si potrebbe parlare di diritto speciale della concorrenza, necessariamente trasversale, che va ad operare in un settore tutelato da un'autorità di settore²⁹.

Durante la prima fase di liberalizzazione delle telecomunicazioni lo scopo era quello di introdurre elementi di concorrenza in uno scenario monopolistico, tentando di garantire tuttavia una serie di servizi quali il servizio universale e renderlo possibile anche in regime di concorrenza e garantire altresì il necessario ingresso di nuovi operatori nel mercato. Durante l'affermarsi di una realtà sempre meno monopolista, sino ad oggi i principi ispiratori non sono cambiati, si legge nella direttiva 2009/140/CE al considerando 5, che "lo scopo è ridurre progressivamente le regole settoriali *ex ante* specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare infine a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza (...) è essenziale che gli obblighi

²⁶ Per regolazione si intende una forma di intervento pubblico mediante il quale si stabilisce un insieme di regole che saranno poi destinate ad incidere sul comportamento dei soggetti ai quali sono rivolte. Si veda G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2011.

²⁷ Sent. Cass Sez. unite del 28 febbraio 2007, n. 4630.

²⁸ Sent. Dell'8 aprile 2008 T-271/03 Deutsche Telekom c. Commissione.

²⁹ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e dei poteri pubblici*, Torino, 2007; per un'analisi critica si veda M. LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2002, M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, Roma, 2002.

regolamentari *ex ante* siano imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile”.

Se, nella fornitura dei servizi si è riuscito ad aumentare il grado di concorrenza non è avvenuto lo stesso per le infrastrutture, in cui vige il monopolio e relativamente alle quali non si riesce ancora ad affrancarsi, per ovvie motivazioni di carattere politico-economico, dalla dipendenza tecnologica³⁰. L’obiettivo, possibile solamente se condiviso e promosso a livello politico, è creare condizioni concorrenziali anche tra le reti di telecomunicazione. Per poter operare in tale direzione si pone quale crocevia un programma di investimenti e un programma di sicurezza degli stessi e uno stretto rispetto delle regole di diritto, dalla legalità alla buona fede e dall’imparzialità alla proporzionalità degli interventi.

1.5 (Cenni) I principi costituzionali rilevanti in materia di telecomunicazioni. Artt. 2, 15, 21.

Punto di partenza dal quale si inizia a parlare di libertà di manifestazione del pensiero si ha in Inghilterra a partire dalla seconda metà del XVII sec., dall’*Habeas Corpus Act*, per poi affermarsi nel periodo liberale con l’art. 11 della Dichiarazione francese del 1789 secondo cui “la libera comunicazione di pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell’uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell’abuso di queste libertà nei casi determinati dalla legge”³¹. In Italia³², il primo intervento legislativo, dello statuto albertino del 1848 stabiliva che “la stampa sarà libera ma una legge ne reprime gli abusi”.

³⁰ Il problema si pone in misura accentuata se si considera che sino ad adesso si è operato secondo l’ONP, per cui la difficoltà sta nel trovare un punto d’incontro tra la possibilità di creare una concorrenza tra le reti e l’attuale sistema fondato sulla concorrenza dei servizi su di un’unica rete.

³¹ S. SICA, *Libertà di informazione e principi costituzionali*, in V. ZENO – ZENCOVICH, S. SICA (a cura di), *Manuale di diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, 2009.

³² Per un rapido *excursus* sull’evoluzione italiana in materia di libertà di informazione e comunicazione si veda S. SICA, *op. cit.*.

Con la Costituzione italiana sono stati fissati alcuni principi fondamentali sui quali la Repubblica italiana deve fondarsi. Sicuramente di fondamentale importanza è l'art. 2 secondo il quale “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Con questo articolo trova piena tutela l'individualità della persona e la persona nelle aggregazioni sociali. In questo modo trova piena tutela ogni diritto della persona umana, diritto che in quanto ad essa collegata non potrà mai essere sacrificato.

Si tratta del riconoscimento delle libertà negative e che costituiscono diritti inviolabili che possono essere limitati solamente da parte delle pubbliche autorità (in modo non discrezionale) nei casi previsti dalla legge ovvero in seguito ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Norme che tradizionalmente sono ricondotte all'informazione e alla comunicazione sono quelle contenute agli artt. 15 e 21 Cost. L'art. 15 stabilisce che “la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili”³³. In linea con il principio del rispetto della *privacy* si pongono in un rapporto di *species* a *genus*, dove la tutela della segretezza si pone quale forma particolare di tutela della riservatezza. Considerato il dirompente sviluppo della comunicazione che si è avuto con Internet e “le sue appendici” (quali telefoni cellulari di ultima generazione) particolare importanza riveste la previsione della tutela “di ogni altra forma di comunicazione”. Collegato alla libertà di comunicazione è la previsione del comma primo dell'art. 21 in base al quale “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”³⁴. Grande rilievo ha tale principio all'interno di un regime democratico; la democraticità di un ordinamento è

³³ Per fini di completezza espositiva è opportuno ricordare che la segretezza della corrispondenza è tutelata anche nei confronti dei privati dal codice penale.

³⁴ Pertinente è il dubbio sollevato da S. SICA relativo a quale principio ascrivere la rete di telecomunicazione che può essere ricondotta sia all'art. 15 sia all'art. 21. Secondo l'autore l'art. 15 è relativo alla forma della comunicazione e l'art. 21 al suo contenuto. Potrebbe aversi una doppia tutela intesa come segue, l'invio di un SMS è tutelato dall'art. 15, inoltre se l'SMS riproduce il pensiero del mittente troverà applicazione anche l'art. 21.

direttamente proporzionale al grado in cui la libera manifestazione del pensiero è riconosciuta in concreto ed è, conseguentemente, attuata e tutelata. Altri aspetti molto importanti quali l'evoluzione di tale principio e il divieto di assoggettamento a censura o autorizzazioni della libertà di stampa, per scelta metodologica, purtroppo non saranno affrontate in questa sede.

Si può dire senza paura di cadere in errore che, almeno formalmente, la Costituzione italiana tutela l'interesse generale all'informazione tramite una pluralità di fonti di informazione, il libero accesso e l'assenza di non giustificati ostacoli (legali) alla circolazione delle notizie e delle idee.

2. Alternative Dispute Resolution e una più ampia offerta di giustizia.

L'acronimo ADR (*Alternative ovvero Appropriate Dispute Resolution*) indica procedure di risoluzione delle controversie tra loro eterogenee accomunate dal fatto di essere non giurisdizionali³⁵.

Le forme di tutela "alternative" alla giurisdizione e conseguentemente il loro studio si è notevolmente diffuso negli ultimi anni; terreni fertili per lo sviluppo di tali strumenti sono stati il diritto civile, per la tutela del consumatore³⁶, il settore

³⁵ Di queste procedure non fa parte l'arbitrato, si legge nel Libro Verde 2002, Bruxelles 19 aprile 2002 relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale che "i modi alternativi di risoluzione delle controversie, ai sensi del presente Libro Verde, designeranno pertanto le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto"; all'art. 3 della Direttiva 2008/52/CEE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 si legge "per mediazione si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore"

³⁶ In materia di consumo la possibilità di ricorrere a tali procedure è prevista in via generale dall'art. 141 del Codice del consumo, ai sensi del quale "Nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possono avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica". A livello comunitario deve ricordarsi il Rapporto Sutherland del 1992 e il successivo Libro Verde del 1993.

commerciale e alcune aree di diritto pubblico (come ad esempio il settore delle telecomunicazioni, che si analizzerà in seguito) grazie anche all'istituzione di Autorità amministrative indipendenti.

Si può dire che *“an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation mediation, mini – trial, and arbitration”*³⁷.

Quando si parla di sistemi alternativi per la risoluzione delle controversie, si suole indicare procedimenti di mediazione, di conciliazione e di arbitrato, che possono far capo ad iniziative “pubbliche” in senso lato – in quanto promosse o controllate da enti pubblici – come pure ad iniziative private. Recentemente, vi è la generale tendenza di affidare allo Stato stesso il compito di promuovere i procedimenti alternativi (anche e soprattutto per assicurare la loro correttezza), pur sottolineando il fatto che ai cittadini non può in nessun modo essere sottratto il diritto alla tutela giurisdizionale dello Stato (infatti si parla di “alternatività” e non di “alterità”!).

Come è facile intuire uno dei motivi fondamentali che ha contribuito allo sviluppo dei rimedi alternativi è il proliferare del contenzioso e la limitatezza di strumenti per una risposta ad esso adeguata. Negli anni si è assistito ad un progressivo emergere dei numerosi vantaggi derivanti dall'utilizzo di procedure riconducibili all'*informal justice*. Innanzitutto, vi è il profilo relativo ai tempi e ai costi complessivi del procedimento, i quali appaiono decisamente inferiori rispetto a quelli necessari per intraprendere un'azione giurisdizionale, se non altro per l'assenza (o per il diverso coinvolgimento) del rappresentante legale. Vi è poi il profilo dell'accesso alla giustizia, tema strettamente connesso con quello dei costi del procedimento. Con i procedimenti informali di tutela, infatti, non solo si amplia lo spettro della tutela offerta alle parti economicamente svantaggiate, ma si consente ad esse di minimizzare l'abilità delle parti privilegiate nel manipolare il complesso meccanismo processuale a proprio ed esclusivo vantaggio. Altro vantaggio si ritrova nell'introduzione di meccanismi informali di tutela: vale a dire la non giuridicità dei collegi giudicanti, i quali, di norma, sono composti anche da soggetti “laici” (a volte

³⁷ Definizione contenuta dal testo della sezione 51 del titolo 28 dello *U. S. Code*, come modificata dall'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998.

semplici cittadini, altre volte veri e propri esperti dotati di elevate competenze tecniche a seconda della materia cui inerisce la controversia da risolvere). Negli ordinamenti giuridici contemporanei, soprattutto di *common law* –capita di far rientrare nel novero degli ADR strumenti alternativi di tutela, di fatto, non riconducibili a queste³⁸.

L'ordinamento italiano, nel periodo che va dall'ultimo decennio degli anni novanta all'inizio del nuovo millennio sino ad oggi, è investito dal fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. Queste - come è accaduto negli ordinamenti dei maggiori paesi occidentali - realizzano un modello di amministrazione nuovo rispetto a quello tradizionale e che si pone quale reazione nei confronti di una giustizia statale inefficiente che non tutela adeguatamente i suoi cittadini.

E' opportuno precisare da subito che a fronte dell'istituzione di diverse autorità indipendenti, considerando sia quelle di matrice più prettamente economica quali Antitrust, Banca d'Italia e CONSOB, sia quelle relative a servizi di pubblica utilità, quali l'Autorità dell'energia elettrica e del gas e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, è mancata una disciplina organica del fenomeno. Infatti, solamente indirettamente il legislatore ha provveduto con l'art. 2, comma 4, della legge n. 59 del 1997 con cui ha escluso dal conferimento di funzioni e compiti dallo Stato alle Regioni e agli enti locali "i compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti" e con l'art. 23 bis della L. Tar, introdotto dall'art. 4 della legge n. 205 del 2000 che fa riferimento all'inclusione delle controversie aventi ad oggetto "i provvedimenti adottati da autorità amministrative indipendenti" tra le controversie assoggettate al rito speciale "accelerato" previsto dalla medesima disposizione.

Sebbene l'esperienza italiana (anche se circoscritta ai ricorsi amministrativi) non sia stata pienamente soddisfacente, non si può negare come le prospettive per le ADR siano parzialmente rassicuranti, almeno per taluni settori come quello delle telecomunicazioni. Se da un lato il mancato successo delle ADR sia ascrivibile all'approccio culturale dell'ordinamento italiano, radicato e chiuso nella tradizione

³⁸ Si pensi, ad esempio, ai *Magistrates* e agli *Administrative Tribunals* del sistema inglese, ai membri dei *Community Boards* statunitensi, eccetera.

giuridica domestica, che considera la nozioni di giustizia coincidente con le sole pronunce giurisdizionali, dall'altro lato pare si sia aperta una breccia nel settore delle telecomunicazioni con il riconoscimento (dato il carattere tecnico delle controversie) di una strutturale inidoneità della magistratura a tutelare situazioni meritevoli di tutela; in questo modo sottolineando l'insoddisfacente ricorso al giudice a favore di un positivo riscontro della tutela offerta dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM). Questo cambiamento ha portato ad una frammentazione dei poteri pubblici con la conseguente perdita del loro carattere unitario attraverso l'attribuzione di funzioni statali ad altri organismi dotati di indipendenza rispetto all'organizzazione-Stato.

Pertanto può dirsi che la tradizionale configurazione della amministrazione come meramente esecutiva della legge, sviluppatasi a seguito della nota teoria di *Montesquieu* sulla divisione dei poteri non trova più piena corrispondenza nella realtà contemporanea (anche se caratteristica fondamentale del potere giurisdizionale continua ad essere la terzietà ed imparzialità del giudice, che non è un *proprium* dell'amministrazione). Le Autorità si pongono al di fuori della tradizionale tripartizione di poteri e in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del governo; si individua tuttavia una loro legittimazione nella garanzie del giusto procedimento e del controllo in sede giurisdizionale. Aspetto caratterizzante di tali Autorità, che si analizzerà anche di seguito, è l'importanza del procedimento partecipativo dei soggetti interessati che determina una legittimazione dal basso delle *Authorities*. Di fondamentale importanza è quindi il momento del contraddittorio³⁹, istituto principale mediante il quale si garantisce la partecipazione, partecipazione che rappresenta in questo modo una sorta di correttivo alla perdita della legalità

³⁹ Il principio del contraddittorio è espressione di un principio giuridico generale che non coincide di per sé con il processo, pur essendone una manifestazione imprescindibile: “esso era infatti, prima di tutto, una condizione extraprocessuale del processo medesimo”, storicamente, peraltro, la dottrina riconduceva il vero e proprio contraddittorio al solo processo civile, il contraddittorio nel processo amministrativo era considerato “sempre e soltanto un fatto eventuale”, in conseguenza del fatto che la P.A. godeva (e gode) di una posizione di supremazia rispetto al cittadino; si veda sul concetto di contraddittorio nel diritto amministrativo F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, p. 743.

sostanziale (che si concretizza nella incapacità del legislatore di adeguare la normativa al modificarsi repentino delle fattispecie da regolamentare) e al *deficit* di legittimazione democratica.

Il punto è capire se in uno Stato di diritto quale quello italiano, la giustizia è solo quella che discende dal giudice e, quindi, giurisdizionale, ovvero si può parlare di giustizia, legalità o qualsiasi altra denominazione che indichi una sostanziale possibilità di azionare una tutela nei confronti di un soggetto leso.

Il tentativo fatto nel corso degli anni di modulare la giustizia in base alle fattispecie e agli interessi coinvolti, se da un lato rappresenta una certa maturità giuridica, dall'altro sortisce l'effetto opposto determinando una difficoltà di realizzazione di una tutela efficace delle situazioni giuridiche soggettive lese.

Tuttavia, a fronte delle “tendenze” non giurisdizionali, è opportuno segnalare come l'art. 9F del Trattato di Lisbona privilegi il ricorso alla tutela giurisdizionale⁴⁰.

A sostegno della seconda ipotesi, si può considerare diffusa negli ordinamenti contemporanei la tendenza di tentare di risolvere i problemi della giustizia ricorrendo a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Rimedi esistenti nell'ambito dei servizi di pubblica utilità⁴¹ sono procedure di reclamo, di conciliazione e tutela

⁴⁰ Allo stesso modo, anche nell'esperienza del Regno Unito, nel 2007 si è avuta un'importante riforma che ha inserito i *Tribunals*, nati come organi amministrativi contenziosi al fine di realizzare un modello di amministrazione giustiziale, nel sistema giudiziario britannico.

⁴¹ Se si parla di strumenti di tutela alternativi alla giurisdizione, non può non parlarsi dei rimedi previsti dalle Carte dei servizi. La Carta dei servizi pubblici è uno strumento di garanzia della qualità dei servizi pubblici. In realtà tale fenomeno non assicura una tutela effettiva agli utenti, anche se si è vista una grande diffusione del modello, visto che diversi soggetti hanno adottato una Carta – anche se non vi era un obbligo – per comunicare al pubblico livelli qualitativi di attività di cui essi stessi sono erogatori. Questo dato però è controbalanciato da un elemento sostanzialmente negativo, ossia che meno del dieci per cento degli utenti è a conoscenza dell'esistenza delle Carte dei servizi e ancora minore è la percentuale relativa all'uso dei rimedi non giurisdizionali da esse privati. Questa realtà è stata influenzata dal processo di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità e dall'istituzione – con Legge 14 novembre 1995, n. 481 – di autorità di regolazione cui sono attribuite potestà di regolazione della qualità dei servizi, di vigilanza sul rispetto degli *standard* previsti dalle Carte, di far cessare un comportamento giudicato lesivo per gli utenti, un ruolo nella procedura di conciliazione e arbitrato relative alle controversie tra utenti e soggetti erogatori dei servizi.

affidate alle autorità di regolazione del settore, ed i procedimenti di conciliazione dinanzi alle Camere di Commercio. In particolare nel settore delle telecomunicazioni (e non solo) l'autorità amministrativa è titolare oltre che di poteri di controllo ed indagine, anche di poteri sanzionatori e normativi⁴²

I rimedi alternativi di risoluzione delle controversie hanno avuto una grande diffusione nei Paesi di *common law*, in particolar negli Stati Uniti⁴³ a partire dagli anni Sessanta. Massima diffusione si è avuta durante il biennio 1989-1990 con l'introduzione dell'*Administrative Dispute Resolution Act*⁴⁴ e del *Civil Justice Reform Act*⁴⁵, a cui è seguito nel 1998 l' *Alternative Dispute Resolution Act*⁴⁶. A seguito dell'approvazione di questi provvedimenti le Corti federali furono obbligate ad adottare procedure alternative, con la finalità precisa di ridurre la durata e i costi della giustizia, nonché il carico del lavoro giudiziario.

Il successo americano⁴⁷ delle forme alternative di giustizia è stato il risultato anche dell'impulso dell' *American Bar Association* che ha saputo influenzare le scelte legislative e penetrare nella coscienza sociale con l' acronimo ADR⁴⁸.

⁴² Vedi S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, *Foro italiano*, 1996, V, 8, afferma che “mai tanto potere normativo è stato delegato dal Parlamento. Si può dire che si assiste, negli ordinamenti moderni, ad una dualizzazione del potere normativo, una parte del quale viene conservata dal Parlamento, mentre un'altra parte viene attribuita ad Autorità indipendenti”.

⁴³ In senso contrario C. REGHIZZI, seminario AISA *Le procedure extragiudiziali in Italia: un nuovo servizio per l'impresa ed i consumatori*, Bologna, 26-27-28 marzo 1998, ritiene che la culla delle forme alternative sarebbe l'Oriente e più in particolare, la Cina, propensa per cultura e religione alla conciliazione e alla mediazione, piuttosto che per il *dictum* giudiziario.

⁴⁴ <http://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>.

⁴⁵ <http://www.uscourts.gov/civilJusticeReformActReport.aspx>

⁴⁶ http://www.epa.gov/adr/adra_1998.pdf.

⁴⁷ Negli anni '60, negli Stati Uniti il fenomeno delle ADR aveva una diffusione limitata. Nel corso degli anni le cose sono cambiate fino a diventare uno strumento effettivo di giustizia. Queste procedure sono offerte da molte organizzazioni, oltre che dal sistema giudiziario stesso. Sono utilizzate in particolari settori, la previsione è di un loro sviluppo anche in settori sino ad adesso esclusi. Dal 2003 l'utilizzo delle ADR in generale e della conciliazione in particolare, è stato tutto in crescita. Dapprima questi strumenti erano prerogativa dei soli conflitti in materia di lavoro e familiari, poi si è avuta una loro espansione in ambito commerciale, sino ad investire anche il diritto finanziario e penale. Sulla nascita e lo sviluppo della tutela alternativa, si veda F.E.A. SANDER, *Alternative*

Terreno fertile sul quale fu impiantato il germe vivificatore della alternatività, fu un movimento di critica angloamericana⁴⁹, cui le istanze gettavano un cono di luce sull'individuazione, ad ampio raggio e non sorretta da un disegno unitario, di un insieme del tutto eterogeneo di rimedi che consentissero al cittadino la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive senza il coinvolgimento della giurisdizione. E tutto ciò era accompagnato da una forte istanza critica nei confronti del processo o, meglio, nei confronti delle complessità formali che lo caratterizzavano, rendendolo spesso inadeguato alla tutela di un numero considerevole di interessi giuridici.

Si passa, cioè, da un movimento rinnovatore dell'ordinamento processuale, ad un ordinamento che pone l'accento su di un tema fino ad allora ancora troppo poco evidenziato (la c.d. *informal justice*). Con tale espressione, si soleva indicare una serie di istituti accomunati tra loro quasi esclusivamente dall'essere "altro" rispetto ai procedimenti giurisdizionali⁵⁰.

Methods of Dispute Resolution: an overview, in *University of Florida Law Review*, 1985, p. 1 e ss..
Sulle origini delle ADR, si veda C. TACCOLA, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in Italia e in Europa*, in MASSERA A. (a cura di) *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli 2007.

⁴⁸ E' un sistema fondato su quattro istituti cardine: l'*arbitration*, la *mediation*, il *mini-trial* e l'*ombudsman*. E' possibile fare una catalogazione basata sui criteri strutturali dei diversi rimedi: si suole distinguere tra mezzi adr di tipo aggiudicativo (*decision oriented*, come l'*arbitration*) e consensuale, tra *court based*, ossia procedure che sono affiancate alla giurisdizione, e ADR private.

⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, all'apporto congiunto fornito da analisi condotte dagli studiosi inglesi e statunitensi. Per onor del vero, è da rilevare che una vera e propria "cultura dell'alternatività" va attribuita soprattutto a questi ultimi.

⁵⁰ La parola "giurisdizione" proviene dal latino *iurisdictio* e può essere definita come «l'insieme delle facoltà attribuite ai magistrati cui è affidata l'amministrazione della giustizia». Etimologicamente, il termine deriva da *ius dicere*: essa indica la norma riferentesi al caso concreto, che il magistrato prescrive di volta in volta alle parti. Il concetto di giurisdizione è legato alle strutture dell'ordinamento e alle forme di tutela giuridica che esso garantisce. Pertanto si capisce bene come la giurisdizione attuale, quale sillogismo del giudice (che adatta la norma giuridica ad una determinata fattispecie concreta che viene sottoposta al suo giudizio) sarà diversa dalla giurisdizione romana e di altre epoche storiche. È possibile fare delle distinzioni in ordine alle concrete manifestazioni del concetto di giurisdizione. Se la giurisdizione è affermazione dell'ordinamento nel caso concreto, la diversità del caso concreto si riflette nel modo con cui la giurisdizione si esplica. L'ordinamento giudiziario

prevede due giurisdizioni: in materia civile e in materia penale (art. 1 ord. giud.) che sono esercitate dai giudici ordinari (art. 1 cpc). Seppur sommariamente, si ricorda che la giurisdizione civile è definita tradizionalmente come la «giurisdizione relativa ai diritti, sulla base della concordanza dell'art. 1 cpc e dell'art. 2907 cc». La giurisdizione penale si caratterizza per la presenza dell'interesse generale della *societas* all'affermazione dell'ordinamento (mediante l'irrogazione della pena) e l'interesse corrispondente dei soggetti è essenzialmente un interesse di libertà. La peculiarità della giurisdizione amministrativa è che figura il cittadino in contrapposizione alla pubblica amministrazione, considerata nell'esercizio dei suoi poteri. Ciò che interessa sottolineare è il rapporto tra giurisdizione e interesse, nel senso che la prima subisce gli adattamenti resi necessari dalla esigenza di tutela della seconda, a prescindere dalla qualificazione delle posizioni soggettive degli interessati come interessi legittimi, interessi protetti o diritti soggettivi. Problema non trascurabile è quello che prende il nome da una complessa attività, affidata ai giudici, qualificata come giurisdizione volontaria. Il carattere giurisdizionale della giurisdizione volontaria è stato sempre oggetto di contestazione, sostenendosi che l'attività svolta in questo settore dai giudici, abbia carattere amministrativo. Volendo riassumere, possiamo dire che il termine giurisdizionale si riferisce a quell'attività con la quale lo Stato adempie il compito fondamentale di fare giustizia, cioè esercita la giurisdizione (è l'attribuzione al giudice del dovere di far celebrare il processo e di pronunciare nel determinato caso). Per chiarire alcuni aspetti si procederà ad una schematizzazione delle caratteristiche della giurisdizione: a) le misure giurisdizionali hanno come presupposto la violazione di un dovere imposto dalla legge; b) posizione di estraneità del giudice rispetto alla situazione sostanziale dedotta in lite, vale a dire la sua posizione di terzo; c) il processo giurisdizionale è coordinato all'iniziativa di un soggetto diverso dall'organo giudicante (*nemo iudex sine actore*); d) autorità di cosa giudicata, intesa come incontestabilità (ad opera delle parti) e intoccabilità (ad opera del giudice), dunque come irretrattabilità in sede giudiziaria del provvedimento giurisdizionale e dei suoi effetti. In particolare è opportuno approfondire quest'ultimo aspetto. Il principio di base cui far riferimento è quello della conservazione del valore giuridico, cioè dell'atto compiuto e quindi della sua efficacia (ciò ovviamente esula dai casi in cui l'atto processuale è invalido, poiché la legge attribuisce poteri o doveri alla parte e/o al giudice, perché la sua efficacia sia eliminata). L'irretrattabilità della sentenza è dovuta all'esaurimento delle facoltà, dei poteri (delle parti) e correlativamente dei doveri (dell'ufficio) attinenti alle impugnazioni ordinarie. *Res iudicata est*: è l'asserzione dei romani con cui si intendeva che il processo era finito e nient'altro poteva essere compiuto in giudizio. Ancora oggi si parla di "passaggio in cosa giudicata". Questa situazione determina che la sentenza diviene incontestabile in giudizio ad opera delle parti e intoccabile dal giudice, ossia irretrattabile; si parla di "autorità della cosa giudicata". L'attributo di cosa giudicata spetta sia alle sentenze di rito sia alle sentenze di merito. In particolare con riferimento alle sentenze di merito si suole parlare di cosa giudicata formale e cosa giudicata sostanziale. Per cosa giudicata formale si intende passata in giudicato la sentenza che non è soggetta all'impugnazione ordinaria. Nel secondo senso sta ad indicare l'irretrattabilità degli effetti sostanziali della sentenza,

Tali procedure solo da qualche anno sono oggetto di un rinnovato interesse all'interno degli Stati membri dell'Unione europea⁵¹. Nel nostro continente l'esperienza più rilevante di ricorso effettivo alle ADR è senza dubbio quella della Gran Bretagna, dove il favorevole terreno culturale, il crescente interesse per

cioè gli effetti che la stessa crea nella sfera sostanziale delle parti. Relativamente a quest'ultima si suole individuare un ambito oggettivo ed un ambito soggettivo. Quanto all'ambito oggettivo, la cosa giudicata copre tanto il "comando", contenuto nel dispositivo, quanto il "giudizio", contenuto nella motivazione. La cosa giudicata rende incontestabili e irretrattabili entrambi gli addendi della sentenza: il dispositivo produrrà efficacia esterna (per forza propria), la motivazione esaurisce la propria efficacia nel processo (efficacia interna) rendendo doveroso un determinato dispositivo. Il passaggio in giudicato della sentenza non innova sulla portata di tali efficacie, ma le rende incontestabili nel senso che non possono più essere messe in discussione. Quanto all'ambito soggettivo – limiti soggettivi del giudicato – si fa riferimento ad un'efficacia potenziata, nel senso che l'incontestabilità della sentenza coinvolge non solo le parti del processo, il che è ovvio, ma anche i terzi eredi o aventi causa delle parti.

⁵¹ In particolare secondo quanto risulta da "Il libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale" presentato dalla Commissione a Bruxelles, 19.04.2002 COM (2002) 196 definitivo, il rinnovato interesse è dovuto in particolare a tre ragioni: "In primo luogo, ci si è resi conto del rinnovamento che conoscono sul campo i metodi ADR, a beneficio dei cittadini, il cui accesso alla giustizia risulta migliorato. Secondo, l'ADR è oggetto di una particolare attenzione da parte degli Stati membri, attenzione che a volte si traduce in iniziative legislative. Infine, l'ADR rappresenta una priorità politica – più volte riaffermata – per le istituzioni dell'Unione europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantirne la qualità. Questa priorità politica è stata messa in particolare evidenza nel settore della società dell'informazione, dove, è stato riconosciuto il ruolo dei nuovi servizi *on line* di risoluzione delle controversie ("*Online dispute resolution*", chiamate ODR). Dubbi sorgono relativamente ai sistemi di trattamento dei reclami, messi a disposizione dei consumatori dagli operatori economici - perchè queste procedure non sono condotte da terzi bensì da una delle parti in conflitto - e all'arbitrato – poiché è un modo di risoluzione delle controversie assimilabile più ai procedimenti giurisdizionali che ai sistemi a questi alternativi (basti pensare che il lodo arbitrale mira a sostituirsi alla decisione giudiziaria). Inoltre l'arbitrato è ben regolamentato, a differenza delle ADR, sia negli Stati membri che a livello internazionale, con la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere o, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea del 1966 recante la legge uniforme in materia di arbitrato.

strumenti alternativi al processo si accompagna all'intensificarsi dell'attenzione per la tutela del consumatore sì da rappresentare concretamente un'alternativa alla giustizia tradizionalmente intesa.

Una delle principali cause che ha determinato lo sviluppo delle ADR è quella di migliorare l'accesso alla giustizia⁵². Ricorrendo a tali rimedi si spera di superare alcuni tra i più importanti disagi derivanti dall'espletamento di procedure innanzi ad organi giurisdizionali, ad esempio i costi elevati e le lungaggini processuali; con le ADR si vuole semplificare l'elevato grado di tecnicità e poca chiarezza dei testi legislativi che, innalzando un imponente muro tra diritto e i suoi utenti, rappresenta un ostacolo non sempre semplice da superare.

Il principio di accesso alla giustizia è un diritto fondamentale proprio di tutti gli ordinamenti evoluti. E' un principio che è stato consacrato dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, principio generale del diritto comunitario⁵³ sancito all'art. 47 "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale"⁵⁴.

Tradizionalmente, il sistema seguito per la risoluzione delle controversie è per lo più consistito nel demandare ad un terzo – giudice togato o arbitro privato – l'incarico di trovare la soluzione, secondo diritto o equità, da imporre poi ai litiganti. Come strumento alternativo alla giurisdizione, storicamente esiste l'arbitrato, sia nella versione dell'arbitrato amministrato sia dell'arbitrato *ad hoc*. Tuttavia, i sistemi di

⁵² Il problema dell' "access to justice", C. HARLOW – R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Butterworths, London, 1997, p. 391.

⁵³ Sent. 15 maggio 1986 nella causa 222/84, Johnston.

⁵⁴ Tale articolo prevede che "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

ADR si differenziano anche dall'arbitrato ad eccezione del carattere privato del soggetto cui ci si rivolge per dirimere la controversia⁵⁵.

L'arbitrato, infatti, è una procedura regolamentata dalla legge attraverso la quale le parti concordano di sottomettere la loro controversia alla decisione di un terzo privato (singolo o collegio). Caratteristica principale dell'arbitrato è che la decisione è (quasi sempre) equiparabile alla sentenza del giudice. Si tratta sostanzialmente di una composizione regolamentata in cui la negoziazione ha uno spazio assai limitato e dove il terzo, dopo aver raccolto le informazioni necessarie, fornisce egli stesso la soluzione alla loro controversia; aspetto decisamente differente dalla mediazione e dalla conciliazione dove il terzo si limita a stimolare comunicazione tra le parti.

In via generale si può dire che diversi sono i tipi di ADR e diversi sono i criteri in base ai quali è possibile classificarli⁵⁶. Bisogna, in primo luogo, distinguere tra le funzioni di ADR che sono affidate ad un soggetto terzo rispetto alle parti (in questo caso si parla di ADR nell'ambito di procedimenti giudiziari), da quei rimedi cui ricorrono le parti in conflitto al di fuori di qualsiasi procedura giudiziaria (ADR propriamente dette) dove il terzo o i terzi possono emettere una decisione vincolante per una delle parti⁵⁷, o fare delle raccomandazioni relativamente alle quali in capo

⁵⁵ Secondo L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AAVV, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, p. 60 e ss., l'assimilazione all'arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile delle procedure previste presso le autorità di regolazione non è corretta, poiché vi sono numerose differenze strutturali e funzionali. Ad esempio non vi è la necessità di una clausola compromissoria e la decisione arbitrale ha efficacia di titolo esecutivo, senza la necessità dell'*exequatur* del tribunale ai sensi dell'art. 825 c.p.c., nei casi di arbitrato rituale. Si rimanda inoltre alla nota 34.

⁵⁶ “La categoria di ADR (...) rimane alquanto eterogenea e dagli incerti confini. Vi sono infatti compresi almeno tre distinti gruppi di procedure: il primo comprende le procedure finalizzate ad evitare l'insorgere del contenzioso (...) Un secondo comprende quelle utilizzabili nei casi in cui il contenzioso è già insorto (...) Un terzo gruppo si caratterizzano (...) per il tipo di interesse considerato e quindi per risultare procedure specializzate in determinate materie”. Per questo motivo secondo l'autore “si dovrebbe parlare di forme di risoluzione diverse dalla giurisdizione, e non alternative.” M.P. CHITI, *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2000.

⁵⁷ Questo sistema è adottato per gli Ombudsmen bancari le cui decisioni sono imposte alle banche che vi hanno aderito.

alle parti ricade la facoltà di seguire⁵⁸. E' possibile, altresì, individuare altre ADR in cui i terzi non prendendo una posizione sulla determinazione della soluzione della controversia si limitano a fornire assistenza alle parti nella ricerca di un accordo.

Caratteristica fondamentale è la loro flessibilità rispetto ai rimedi tradizionali poiché non appesantiti da formalismi procedurali risultano più rapidi e permettono di individuare soluzioni più adeguate alle esigenze del caso. Come sottolineato da parte della dottrina⁵⁹ aspetto fondamentale è la continuazione del rapporto tra le parti in lite dopo la risoluzione della stessa. In quest'ottica, dove sostanzialmente non esistono parti soccombenti né vittoriose, non vi è alcuna decisione imposta "dall'alto", piuttosto un intervento di un soggetto terzo che aiuta la composizione della lite.

Nei casi in cui il terzo abbia una funzione attiva si farà riferimento alla raccomandazione 98/257/CE⁶⁰ della Commissione del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziarie delle controversie e dell'arbitrato in materia di consumo. Nel secondo caso si considererà la raccomandazione 2001/310/CE⁶¹ della Commissione del 4 aprile 2001, relativa ai principi applicabili agli organi extragiudiziari che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

Le ADR in procedimenti giudiziari, invece, sono quelle in cui vi è un'attività svolta da un giudice; come si è accennato, tali procedure presentano un'ampia varietà di strutture organizzative e modelli procedurali. Si ricordano, tra l'altro, le procedure di reclamo, di conciliazione e gli indennizzi previsti dalle Carte dei servizi pubblici; i procedimenti di tutela amministrativa e di soluzione non giurisdizionale delle controversie affidati alla cura delle autorità di regolazione del settore, che decidono controversie sia tra enti pubblici e gestori di pubblico servizio, che tra gestori e utenti rispetto ai cui provvedimenti decisori finali residua comunque una

⁵⁸ In questo modo emerge la possibilità per le parti di scegliere liberamente se eseguire o no tali raccomandazioni. E' ciò che accade per i Consumer *complaint boards* scandinavi.

⁵⁹ E. SILVESTRI, *Conciliazione e mediazione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, 2007, p. 282.

⁶⁰ GU L 115 del 17 aprile 1998

⁶¹ GU L 109 del 19 aprile 2001

forma di tutela giurisdizionale (v. AGCOM, AEEG, CONSOB...); i procedimenti di conciliazione dinanzi alle Camere di Commercio; le procedure di arbitrato e conciliazione previste da protocolli d'intesa tra imprese e associazioni di consumatori.

Per cogliere in modo adeguato la portata (non solo potenziale) dei sistemi di cui si discorre è necessario fare delle precisazioni e analizzarli singolarmente nel proprio settore di operatività.

I sistemi che in questa sede attirano l'attenzione sono quelli posti in essere dalle Autorità amministrative indipendenti⁶² che, nello svolgimento, di tali potestà svolgono un ruolo giustiziale.

La definizione di una controversia “per mano” di un'Autorità rende possibile una diminuzione della domanda giurisdizionale, poiché a cascata va a definire rapporti che potenzialmente in futuro potrebbero instaurarsi con numerosi soggetti, utenti e consumatori. L'alternativa prevista con questi organismi “*quasi-judicial*” è caratterizzata dalla natura tecnica dell'intervento e, ad ogni modo, dalla possibilità di esperire l'azione giurisdizionale all'esito della fase procedimentale.

In modi diversi, le diverse Autorità di settore, predispongono procedimenti decisionali che non intaccano le garanzie “tipiche” dei processi e/o momenti di tutela preventiva a quella giurisdizionale ma alla stessa non alternativa, offrendo un sindacato tecnico e specializzato e caratterizzato da tempi e costi notevolmente inferiori rispetto a quelli “tipici” che si hanno in sede processuale.

Si sta assistendo ad un processo in continua evoluzione, sia a livello domestico sia a livello sovra-statale, relativo ai mezzi di tutela esperibili al fine di garantire al meglio gli interessi lesi. Tale processo sta dando luogo a un sistema di giustizia ampiamente garantistico, secondo cui non si cadrebbe in errore se si dicesse che “le garanzie

⁶² Secondo parte della dottrina (GALGANO) i poteri di conciliazione e soluzione alternativa delle controversie sono collegabili alla tradizionale forma di giustizia privata che si rinviene nella *lex mercatoria* dell'Europa medievale. Sul punto si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; sui rapporti tra le ADR e la *lex mercatoria* si consideri B. L. BENSON, *Economic freedom and the evolution of law*, *Cato Journal*, 1998.

processuali sono strumentali alla tutela dei diritti fondamentali ed esse stesse diritti fondamentali”⁶³.

Se da un lato tali sistemi appaiono quale “medicina” al sistema giustiziale italiano, da tempo ammalato, da un altro punto di vista non può non sottolinearsi come questi strumenti siano *ab origine* viziati, poiché concepiti in un sistema differente da quello italiano. Può essere inteso quale vero e proprio trapianto di *legal transplant* in un “corpo”, quello italiano, caratterizzato da tradizioni differenti. Pertanto occorre capire se la loro portata possa avere, nonostante tutte le difficoltà obiettive, effetti positivi all’interno del nostro ordinamento. Ancora più importante, al fine di sfruttare al meglio le potenzialità di tali strumenti, è capire come si collocano all’interno dell’ordinamento giuridico. Vanno a ricoprire una posizione di “alternatività” rispetto agli strumenti giurisdizionali, poiché attraggono interessi e posizioni giuridiche differenti rispetto a quelle (proprie) di cui si occupa il giudice amministrativo⁶⁴. Pertanto sarebbe opportuno non vedere i sistemi alternativi e quelli giurisdizionali come antagonisti, bensì come due facce della stessa medaglia che operano per garantire una tutela effettiva ai cittadini⁶⁵. La giurisdizione costituisce l’istituto principale di tutela, non più l’unico esistente.

⁶³ D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2002, p. 690: in particolare, la europeizzazione dei diritti processuali amministrativi nazionali è intesa non come esportazione ed importazione di istituti da un sistema all’altro, ma come cross-fertilisation.

⁶⁴ Tuttavia, come ha osservato giustamente M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Quaderni della SPISA*, Bologna il 14 marzo 2008, per iniziativa dell’Istituto Italiano di Scienze Amministrative (IISA) e della Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione pubblica, potrebbe in realtà ritenersi dubbia l’effettiva alternatività di queste procedure, considerando il fatto che è molto difficile fare una comparazione, relativa alle utilità conseguibili, tra la via giurisdizionale e quella amministrativo-alternativa.

⁶⁵ Auspicabile è immaginare una conclusione di questa fase di “start-up” delle ADR nel senso di una piena sostituzione al processo e vedere questo quale strumento di tutela esclusivo di quelle controversie che non è possibile mediante il ricorso ad uno strumento alternativo.

L' "ordinamento" giustiziale⁶⁶ risulta costituito da due macroaree, quella riconducibile all'autonomia negoziale delle parti e quella relativa ai (tradizionali) ricorsi amministrativi. Il fatto ormai palese che l'offerta di tutela è più ampia e varia rispetto al passato comporta il vantaggio delle "scelta", da parte del soggetto leso, dello strumento più idoneo al caso di specie. E' il discorso sull'effettività della tutela. Se sulla carta sembra che tutto sia posto in essere per garantire un migliore funzionamento del nostro ordinamento, è ora di "verificare se le nuove regole e soprattutto le decisioni prese dalle autorità indipendenti migliorino concretamente l'offerta complessiva della giustizia"⁶⁷.

Obiettivo della presente dissertazione non è analizzare le forme alternative di risoluzione nel loro complesso, piuttosto studiare la conciliazione quale strumento usato per la risoluzione delle controversie nel settore delle telecomunicazioni, limitatamente alle controversie tra operatori telefonici ed utenti, vedere come si è sviluppato il sistema a più di dieci anni dall'istituzione dell'Autorità di regolazione, studiare il *modus operandi* dell'AGCOM italiana e dell'OFCOM britannico e vedere in che modo è stata recepita nei diversi ordinamenti domestici la medesima normativa comunitaria.

⁶⁶Come sostenuto da M. GIOVANNINI la tutela giustiziale si può identificare quale anello di congiunzione tra la fase di esercizio del potere amministrativo e la fase dell'esercizio del potere giurisdizionale, non essendo né l'uno né l'altro ma avendo qualcosa dell'uno e dell'altro G. DELLA CANANEA sostiene che quando la decisione finale di un'Autorità è impugnabile davanti al giudice amministrativo non è possibile parlare di un'attività alternativa alla giurisdizione, piuttosto di un'anticipazione.

⁶⁷ E' quanto detto da G. DELLA CANANEA, *La funzione giustiziale delle Autorità indipendenti*, in *Quaderni della SPISA*, pubblicazione della relazione in occasione del convegno tenutosi a Bologna il 14 marzo 2008, per iniziativa dell'Istituto Italiano di Scienze Amministrative (IISA) e della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione pubblica (SPISA).

CAPITOLO SECONDO

LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

SEZIONE I – LA DISCIPLINA DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

In questo capitolo suddiviso in due parti, si considera l'iter che ha portato all'attuale configurazione dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche in ambito comunitario, nella prima parte, e, nella seconda parte, la normativa che questa ha determinato o contribuito a determinare in Italia.

A IL PANORAMA COMUNITARIO

1. L'ordinamento delle comunicazioni elettroniche. Il quadro generale.

Le telecomunicazioni negli ultimi decenni sono state oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore, comunitario e nazionale, al fine di adeguare la normativa all'evoluzione tecnologica. In linea con l'evoluzione, se fino a qualche tempo fa si parlava diffusamente di telecomunicazioni adesso si parla più propriamente di comunicazioni elettroniche¹, ossia diversi sistemi di comunicazione che convergono

¹ Ai sensi dell'art. 1, lett. dd) Decreto Legislativo del 1 Agosto, 2003, n. 259 recante il Codice delle comunicazioni elettroniche (di seguito il Codice o D.Lgs. 259/03) si intende per reti di comunicazione elettronica: i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente

sulla stesso “strumento” di trasmissione. “La disciplina giuridica delle reti e dei servizi di telecomunicazione ha subito nuovi e solo in parte previsti mutamenti”².

Dalle normative comunitarie nate da metà degli anni Novanta ad oggi, che si analizzeranno successivamente in maniera più dettagliata, si possono desumere con immediatezza i principi ispiratori che le hanno determinate e che hanno l’obiettivo comune di favorire la concorrenza, attraverso la completa liberalizzazione; la costituzione in ciascun ambito nazionale degli Stati membri della Comunità Europea di un organismo indipendente tra le cui prerogative rientri la funzione di regolazione del mercato delle comunicazioni elettroniche. La creazione di condizioni adeguate che garantiscano la concorrenza e il corretto funzionamento dei nuovi organismi e della nuova regolamentazione (comunitaria e nazionale) è strumento necessario affinché ciò si realizzi.

Sono principi tra loro strettamente connessi e solo se rispettati potranno realizzare l’effettiva liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni. L’obiettivo che si

elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato. Nel Decreto del Presidente della Repubblica del 19 settembre 1997, n. 318 (art. , comma I, lett. q), recante “regolamento per l’attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni” si parlava di *servizio di trasmissione e telecomunicazioni*, definito quale servizio *la cui fornitura consiste, in tutto o in parte, nell’instradamento di segnali su reti di telecomunicazioni, ivi compreso qualunque servizio interattivo anche se relativo a prodotti audiovisivi, esclusa la diffusione circolare dei programmi radiofonici e televisivi*”.

Prima ancora, a livello comunitario, si trova una definizione di “servizi di telecomunicazioni” nella Direttiva 90/387/CE (cd. Direttiva *Open Network Provision* – ONP) dove all’art.2, paragrafo1, n.4, si legge che sono servizi di telecomunicazioni quei servizi “*la cui fornitura consiste totalmente o parzialmente nella trasmissione e nell’instradamento di segnali su una rete di telecomunicazioni mediante procedimenti di telecomunicazioni, ad eccezione della radiodiffusione e della televisione*”.

² Si esprime in questo senso G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie: dall’Autorità ai comitati regionali*, Relazione all’incontro di studio organizzato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Roma, 19 marzo 2009. L’autore continua dicendo che i cambiamenti si sono riscontrati “Nei principi giuridici, nella scelta di campo a favore della liberalizzazione nell’adesione alla convergenza multimediale il sistema italiano è, nella morfologia, simile a quelli prevalenti sulla scena internazionale. Persistono, peraltro, ritardi: nella realizzazione di nuove reti, nel conseguimento di maggiori gradi di effettiva concorrenza, nella performance.”

persegue è ridurre la regolamentazione *ex ante*³ e lasciare sempre più spazio a equilibri naturali tra le forze presenti sul mercato e tutelare con un monitoraggio *ex post* i comportamenti degli operatori del mercato. Considerando infatti le situazioni pregresse, in particolare per quanto riguarda il nostro Paese, bisognava agire nei confronti di una contesto, in cui vigeva il monopolio, caratterizzato necessariamente da condizioni di privilegio. Si può quindi già fare una prima considerazione dicendo che le attività poste in essere dagli organismi della Comunità Europea, sono certamente servite da stimolo all'adeguamento del nostro ordinamento interno.

Settore caratterizzato fino agli anni Ottanta da una struttura monopolistica, dettata da ragioni di convenienza economica e volontà politica (di avere un "settore" uniforme), il sistema delle telecomunicazioni ha subito un forte mutamento contestualmente all'innovazione tecnologica che determinava un'offerta di nuovi servizi e un forte contenimento dei costi.

In Europa i primi passi verso la liberalizzazione furono mossi dal Regno Unito attraverso la privatizzazione di British Telecom (1982) e la creazione di un oligopolio due anni più tardi (1984). Successivamente a livello comunitario si prese coscienza del fatto che poteva esser intrapresa un'azione⁴ volta alla liberalizzazione dei singoli mercati nazionali, azione che sarebbe poi culminata con l'istituzione del Mercato Unico Europeo (1992).

Il panorama originario di riferimento è andato gradualmente ma costantemente evolvendosi, grazie all'operato di numerosi soggetti, soprattutto grazie al lavoro svolto dalla Commissione, dal Consiglio, dal Parlamento e dalle pronunce dei tribunali. Attraverso diverse fasi, che si analizzeranno nei paragrafi successivi, si è arrivati all'attuale assetto in cui vi è un accettabile grado di concorrenza, la garanzia di un servizio universale e una struttura di organismi molto articolata attraverso cui si attua la disciplina comunitaria, tradizionalmente improntata al principio della leale concorrenza, dell'imparzialità e della trasparenza.

³ In questo senso si esprimono S. CASSESE, in *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2004; M. CLARICH, G.F. CARTEI, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004 ; G. MARZI, R. PROSPERETTI, E. PUTZU, *op.cit.*.

⁴ Commission of the European Communities, *Complementing the Internal Market: White paper from the Commission to the European Council*, 1985. [32, punto 113]

2. *La normativa di riferimento.*

Negli anni che vanno dalla fine del XX sec. ad oggi si è avuta un'intensa attività di normazione da parte delle istituzioni comunitarie. Ciò che maggiormente caratterizza questo periodo è il diverso metodo utilizzato nel disciplinare il settore. Ad un metodo verticale, ossia specifico per ogni area (radio, televisione, telecomunicazioni) si è sostituito un metodo trasversale che ha dettato le basi del nuovo quadro regolamentare.

Primi interventi importanti sono stati le Direttive 90/387/CE e 90/388/CE, ed il Libro Verde del 1997 che fu il primo atto ufficiale in tema di telecomunicazioni posto in essere dalla Commissione Europea in cui vennero espresse in maniera dettagliata le linee di azione da seguire da parte degli Stati membri⁵. L'iniziativa prese le mosse dalla considerazione che si stavano attuando forme di interazione tra il campo delle telecomunicazioni ed il settore informatico, che aprivano nuovi scenari possibili e potevano rendere disponibili per gli utenti del mercato delle comunicazioni servizi fino ad allora non immaginabili. Pertanto nacque l'esigenza di creare condizioni più favorevoli per poter sviluppare al massimo grado le potenzialità che già si percepivano. La più importante tra queste esigenze fu quella di creare un mercato aperto alla concorrenza superando i preesistenti regimi monopolistici. Il principio di indipendenza⁶, cardine della normativa, è anche funzionale alla realizzazione della

⁵ *1999 Communication Review*, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni “*Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni*”, [Com (1999), 539]

⁶ La *Direttiva 97/51/CE* che introduce e caratterizza la figura dell' *Autorità Nazionale di Regolazione* (ANR), formalizzando e concretizzando l'idea di “ente indipendente” già prefigurato dalle Direttive 88/301 e 90/388. In questa circostanza, ad accentuare il principio cardine dell'indipendenza, viene disposto che «gli Stati membri che conservano la proprietà o un notevole livello di controllo di organismi che forniscono reti e/o servizi di telecomunicazione provvedono affinché esista *un'effettiva separazione strutturale tra le funzioni di regolamentazione e le funzioni connesse alla proprietà o al controllo*».

tutela della concorrenza attraverso la separazione tra l'attività regolatoria e quella commerciale.

Principio fondamentale della normativa in materia di telecomunicazioni è quello della neutralità tecnologica, derivante dalla convergenza sulla stessa struttura di comunicazione dei settori dei media e comunicazioni e dei servizi ad essi connessi. Obiettivi degli interventi comunitari si individuano nello stimolare e creare un mercato (europeo e quindi anche nazionale) basato sulla leale concorrenza degli operatori, creando un equilibrio dettato dal naturale gioco di offerta e domanda, servizi offerti, qualità e tariffe. Aspetto di rilievo è la tutela del consumatore/utente da un duplice punto di vista, quello dell'accesso al servizio (inteso anche nella prospettiva più ampia della garanzia del servizio universale –di cui nei prossimi paragrafi si parlerà) e della adeguata tutela dei propri interessi.

2.1 Le direttive di I, II e III generazione.

L'evoluzione piuttosto rapida del mercato delle telecomunicazioni ha indotto la Comunità europea a creare e adottare una serie di strumenti (prevalentemente direttive⁷) per fronteggiare le mutate condizioni. La disciplina delle

⁷ Ai sensi dell'art. 249, comma terzo, "vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

La direttiva non ha portata generale ma vincola solo lo Stato o gli Stati che sono i soli destinatari (salvo ad incidere talvolta sulle situazioni soggettive dei singoli). Produce effetti obbligatori, in particolare pone un obbligo di risultato nel senso che l'obbligo dello Stato è di porre in essere tutte le misure necessarie per realizzare il risultato individuato dalla direttiva. In tal modo viene lasciata in capo agli Stati una discrezionalità relativa al modo in cui raggiungere l'obiettivo prefissato. Il discorso appena fatto però soffre di un'eccezione: è il caso delle direttive dettagliate, in riferimento alle quali la dottrina ne ha ipotizzato l'illegittimità, visto la sua natura sostanzialmente regolamentare.

La portata vincolante delle direttive investe anche i termini per l'entrata in vigore delle misure interne, tant'è che nel caso in cui lo Stato incontrasse difficoltà per l'esatta e puntuale attuazione può richiedere una proroga del termine. In particolare nel periodo tra l'entrata in vigore della direttiva e la scadenza del termine per l'attuazione vi è in capo agli Stati un obbligo di *standstill* – obbligo di buona

telecomunicazioni⁸ regolamentata dal legislatore comunitario si fonda sul processo di liberalizzazione non ancora conclusosi che si è articolato (sino ad oggi) in tre epoche di interventi, durante i quali sono state emanate direttive definite di “prima”, di “seconda” e di “terza” generazione.

Le prime sono state emanate durante l’ultimo decennio del secolo, fino all’introduzione della concorrenza tra i mercati delle telecomunicazioni, prevista dalla direttiva 96/19/CE del 22 marzo, che modifica la direttiva 90/388/CEE. Le direttive di seconda generazione, invece, sono state adottate nel 2002⁹ con l’obiettivo di adeguare la disciplina alla costante evoluzione tecnologica. L’obiettivo principale dell’ultimo intervento del 2009¹⁰ è quello di rafforzare la concorrenza agevolando l’ingresso dei nuovi operatori e incentivare investimenti nel settore.

fede – cioè devono astenersi dall’adottare disposizioni che possono compromettere il risultato prescritto dalla direttiva.

Le direttive producono i propri effetti obbligatori a partire dalla data di notificazione ed è necessario la pubblicazione (art. 254 come modificato dal Trattato di Maastricht) sulla Gazzetta ufficiale e l’entrata in vigore sarà alla data stabilita dalla direttiva stessa o al ventesimo giorno successivo alla pubblicazione.

⁸ Per un quadro completo sul tema si veda G. NAVA, F. BRUNO, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006; M. CLARICH, G.F. CARTEI, *op. cit.*; F. BASSAN (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, .2009; F. BASSAN, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996.

⁹ Sono direttive di seconda generazione la direttiva 2002/21/CE (cd. Direttiva Quadro), direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni, direttiva 2002/19/CE relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica, direttiva 2002/22/CE sul servizio universale. Sull’argomento si veda R. PEREZ (a cura di) *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2003.

¹⁰ Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche; Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all’interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (...);

Comune denominatore degli interventi normativi è migliorare l'accesso alla giustizia, principio a cui tendono gli Stati membri nell'attuazione nel proprio sistema domestico e che dovrebbe essere garantito attraverso la previsione ed attuazione in concreto¹¹ di rimedi (sistemi e procedimenti sia giurisdizionali che non) rapidi e poco costosi. In questo ambito si inserisce l'influenza dell'Unione Europea nel prevedere attraverso l'adozione di raccomandazioni¹² e direttive una forma alternativa di giustizia, che sia più efficace ed idonea alla tutela degli interessi delle parti "la cui gestione e il cui aggiornamento sono assicurati da una rete di autorità nazionali competenti"¹³. L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali prevede che "Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea".

Tuttavia non può non considerarsi la difficoltà insita al sistema comunitario, le diverse modalità di attuazione delle direttive comunitarie. Ad esempio, in caso di ricorso ad una procedura definita di ADR, ed in caso di esito positivo della stessa, si

¹¹ E' opportuno specificare "in concreto" perché è possibile che ciò non avvenga. E' il caso dell'Italia: si è avuta la sola legge istitutiva (L. 481/1985) che prevede la possibilità di ricorrere alla conciliazione e all'arbitrato, ma di fatto il Governo ancora oggi non ha realizzato il regolamento di attuazione.

¹² Sono atti che trovano la propria fonte legislativa all'art. 249 Tr. CE. La raccomandazione è un atto non vincolante – come il parere – che è diretta agli Stati membri e contengono l'invito a conformarsi ad un certo comportamento. L'assenza del carattere vincolante tuttavia non consente comunque di escludere qualsiasi effetto giuridico delle raccomandazioni (ad esempio nella procedura di rinvio pregiudiziale ex art. 234 Tr CE). Nonostante il Trattato non ne imponga la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, vengono comunque pubblicate, specie se di carattere generale, per facilitarne la conoscenza e, quindi, l'efficacia.

Sebbene tutte le istituzioni comunitarie hanno il potere di adottare atti, la Commissione ha un ruolo privilegiato. Infatti ai sensi dell'art. 211, formula raccomandazioni – o pareri – nei settori definiti dal Trattato, sia quando questo espressamente lo preveda, sia quando la stessa istituzione lo ritenga necessario.

¹³ Decisione 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001, relative all'istituzione di una rete giudiziaria economica in materia civile e commerciale. Ai sensi dell'art. 14 di questa decisione è prevista la "possibilità di comporre controversia con metodi alternativi e indicazione dei centri nazionali d'informazione e di assistenza della rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo".

verrebbe a determinerebbe un primo problema relativo alla differente portata (intesa quale efficacia e natura giuridica) dell'accordo raggiunto tra le parti. Ci si chiede se la natura giuridica di tale accordo (in senso ampio) sarà la stessa e avrà la stessa valenza in tutti gli Stati membri sì da non determinare incertezza circa la *reale* efficacia delle ADR nel loro insieme. Certo la pluralità di Stati che attualmente fanno parte dell'Unione europea¹⁴ non semplifica le cose, dal momento che in ogni ordinamento nazionale si può giungere ad una qualificazione differente da quella resa in altri paesi (a causa di un insieme di fattori che determinano il differente *background* di ogni paese). L'allargamento dell'Unione a nuovi Paesi ha determinato un periodo di "apprendimento necessario" da parte dei nuovi entranti e delle rispettive autorità di regolazione che andava ad inserirsi in un quadro in cui era già abbastanza diffusa l'esperienza regolatoria ed applicativa¹⁵.

Uno dei primi e dei più importanti interventi è stato quello di agevolare la creazione di concorrenza separando la gestione dell'infrastruttura e l'erogazione dei servizi¹⁶, garantendo cioè l'accesso degli (altri) operatori nei confronti dell'unico operatore di rete e la fornitura del servizio universale; di qui il ricorso al rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e tutela della concorrenza cui dovevano uniformarsi gli operatori al fine di porre le condizioni per una "corretta" regolazione.

Altrettanto fondamentale nell'evoluzione della normativa nel settore delle telecomunicazioni è stato il tentativo di istituire un quadro armonizzato¹⁷. Altro aspetto fondamentale è quello relativo all'accesso agli utenti disabili, ai principi generali e a quelli relativi alle autorità nazionali di regolamentazione (ANR) e sul

¹⁴ Si ricorda che attualmente gli Stati membri sono 27, precisamente: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Ungheria. Inoltre vi sono altri Stati candidati: la Croazia, l'ex Repubblica Jugoslava e di Macedonia, Islanda, Montenegro e Turchia.

¹⁵ Sull'argomento si vedano le relazioni annuali della Commissione nell'analisi della situazione nei singoli Paesi.

¹⁶ Tra le più importanti si ricordino le direttive Cee n. 388/1990 del 28 giugno 1990, n. 44/1992 del 5 giugno 1992, , n. 2 /1996 del 16 gennaio 1996

¹⁷ Si veda la "direttiva quadro" (direttiva 2002/21/CE)

nuovo concetto di significativo potere di mercato. Considerate la convergenza tecnologica e la necessità di una regolamentazione orizzontale dell'insieme delle infrastrutture, il nuovo quadro regolamentare introdotto con le direttive del 2002 non si limita più alle reti e servizi di telecomunicazioni, ma copre tutte le reti e i servizi di comunicazioni elettroniche, ad esclusione dei contenuti di servizi forniti sulle reti di comunicazione elettronica, come i contenuti trasmessi via radio o i servizi finanziari. Punto essenziale è che per vedere tutelate le libertà e diritti fondamentali delle persone fisiche che la direttiva “accesso”¹⁸ si pone di tutelare è necessaria un’adeguata adozione di misure nazionali in materia di accesso alle comunicazioni elettroniche. Ad una prima armonizzazione sul piano regolamentare doveva seguirne una sul piano applicativo.

Si è venuto a creare un contesto all’interno del quale, tentando di avvicinare la regolazione alla concorrenza o quantomeno ridurre i vincoli regolatori alla luce di una progressiva apertura alla stessa, i regolatori nazionali hanno usato in modo più o meno adeguato strumenti propri del diritto della concorrenza in ambito regolatorio (come misure cautelari, strumenti negoziali tra operatore (non sempre) ex-monopolista e autorità). Alla luce di quest’esperienza non pienamente soddisfacente si è evinto che lo sviluppo della regolazione nelle telecomunicazioni sebbene soggetto a moto costante risente delle iniziali condizioni e dei modelli di sviluppo seguiti dalle singole autorità di settore, differenti da Paese a Paese, e non consente un’evoluzione uniforme né la possibilità di uno sviluppo sistematico ed omogeneo.

Questo scenario ha fatto sì che si avesse un ulteriore intervento comunitario, caratterizzato da un ruolo predominante della Commissione e un forte accentramento dei poteri (a livello europeo) in capo ad una neo autorità di settore europea. Gli obiettivi del terzo pacchetto approvato dal legislatore comunitario sono contenuti nei singoli atti di cui si costituisce. Sicuramente di rilievo sono l’armonizzazione del mercato interno delle comunicazioni elettroniche, mediante la modifica delle

¹⁸ Si veda la direttiva 2002/19/CE. Per un approfondimento sul tema, in particolare riguardo agli obblighi in materia di accesso, all’obbligo di trasparenza, non discriminazione si veda F. BRUNO, G. NAVA, *op. cit.*; sull’applicazione delle direttive del 2002 si veda anche G. DE MINICO, *The 2002 EC Directives on Telecommunications: Regime up to the 2008 ongoing revision – Have the goals been reached?*, *European Business Law Review*, 2008, p. 657 ss.

direttive già in vigore, la creazione di un organismo dei regolatori europei¹⁹ (BEREC - *Body of European Regulators for Electronic Communications*), la separazione funzionale e altri aspetti di uguale spessore ma che non saranno affrontati in questa sede quali la gestione dello spettro radio, le reti di nuova generazione e il servizio universale²⁰ che sono disciplinati dalla direttiva 2009/140/CE. E' stato modificato anche l'impianto sanzionatorio rendendolo più efficace in caso di mancata conformità degli operatori agli obblighi imposti dalle autorità nazionali²¹, ai sensi dell'art.10 direttiva 2002/20/CE s.m.i., l'Autorità può imporre adeguate e proporzionate misure, sanzioni pecuniarie o ingiunzioni a ritardare o cessare la fornitura di un servizio, per ottenere la fine della violazione.

Particolare rilievo acquista la posizione dell'utente che può sfruttare diversi strumenti per una tutela più completa, dalle forma di tutela della *privacy* alle garanzie realizzate per fronteggiare le controversie con gli operatori mediante gli strumenti della conciliazione.

In un'ottica di innovazione tecnologico-giuridica non si può non soffermarsi brevemente sulla costituzione di un nuovo principio: l'accesso a Internet. Internet è stato riconosciuto quale strumento essenziale per l'esercizio in concreto della libertà di espressione ed è stato interso, quindi, quale libertà fondamentale che deve pertanto essere adeguatamente tutelata e garantita. Come scritto nella direttiva 2009/140/CE, al considerando 4, eventuali limitazioni saranno consentite solamente se risultare conformi ai principi generali del diritto e alla Cedu e se necessarie, proporzionate e adeguate, eventuali restrizioni.

¹⁹ Approvato a seguito di un iter istituzionale particolarmente complesso, che ha rischiato di pregiudicare la riforma nel suo complesso, con il Regolamento CE n. 1211/2009 del Parlamento e del Consiglio. Del 25 novembre 2009. Uno degli argomenti di confronto era sulla difficoltà di realizzare o quantomeno il perseguire un maggiore grado di uniformità del mercato senza un organismo (comunitario/centrale) che eserciti un potere normativo e decisionale.

²⁰ Per uno studio sul tema si veda F. LATTANZI, F. CANTELLA, *Il servizio universale*, in (a cura di) F. BASSAN, *op cit...*

²¹ Considerando 51 direttiva 2009/140/CE

3. Attività di rulemaking e adjudication.

Si è visto sino ad adesso come sia nato un nuovo modo di “fare giustizia” (in genere) in settori particolari del diritto (in particolare per le telecomunicazioni). Differenza principale con i ricorsi amministrativi è che la controversia non coinvolge l’amministrazione come parte, bensì come figura giudicante²². Si è, dunque, di fronte ad una funzione di confine, di un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, che si inserisce tra la nozione di ricorso amministrativo e la definizione dell’arbitrato privato²³.

Nell’esercizio delle funzioni di *dispute resolution* le autorità amministrative indipendenti decidendo la controversia determinano l’implementazione della corretta applicazione delle regole nell’ambito normativo sottoposto alla loro cura²⁴. Tale attività, che si sostanzia nell’adozione di provvedimenti puntuali, relativi a casi specifici, risulta propria dell’istituzione di tali amministrazioni, sì da “caratterizzar[n]e la suità”²⁵. Si è detto che tali strumenti dovrebbero migliorare l’*efficacia* della giustizia.

Al fine di svolgere una funzione giustiziale in modo imparziale (e rispondente ai principi generali appena esposti) è necessario che venga garantita la partecipazione dei soggetti portatori di interessi rilevanti all’interno del procedimento. La

²² Oggetto del contendere non sono provvedimenti dell’autorità amministrativa ma rapporti tra soggetti privati, disciplinati dalle norme di settore alla cui tutela sono preposte le amministrazioni indipendenti.

²³ Per una paronimica sull’argomento in Italia, si veda B.G. MATTARELLA, *Partecipazione in Rulemaking in Italy*, Workshop “Partecipazione in Rulemaking in Europe”, Osnabruck, 12 Febbraio 2010.

²⁴ Si tratta di una specificazione della più generale “attività amministrativa caratterizzata da un’accentuata presenza di regole del contraddittorio e dai tratti tipici dei procedimenti garantistici”, in quanto volta alla “composizione dei conflitti e [alla] decisione dei ricorsi”, N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2005, p. 72

²⁵ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, p. 68.

partecipazione dei privati²⁶ può avvenire all'interno di due *modus agendi* dell'autorità, nell'esplicazione dell'attività di *adjudication*, volta all'emanazione di decisioni individuali, e di *rulemaking*, volta invece all'emanazione di atti generali, ossia *rules*²⁷. Nei procedimenti finalizzati all'emanazione di atti generali nei servizi pubblici la partecipazione è funzionale non solo alla tutela degli interessi privati nei confronti di quelli pubblici ma anche ad una ponderazione tra i diversi interessi privati coinvolti nella decisione²⁸.

Pertanto, in relazione all'obiettivo da raggiungere e all'attività che deve essere posta in essere, si può avere la partecipazione dei privati a procedimenti che interessano direttamente la posizione giuridica del destinatario, *adjudication*²⁹, e la partecipazione ai procedimenti tramite i quali l'autorità pubblica emana atti generali che sono rivolti alla collettività e che pone in essere attività di *rulemaking*.

Nessuno può essere “*deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”³⁰, significa che vi sono delle garanzie minime di tutela dalle quali non si può prescindere. Tale principio si fonda a sua volta su tre principi fondamentali; “*The essential elements of due process of law are notice, an opportunity to be heard and the right to defend in an orderly proceeding*”

In caso di procedimenti di *rulemaking* i privati partecipano in modo mediato, ossia sarà l'amministrazione investita del potere di decidere che dovrà procedere ad acquisire informazioni rilevanti da coloro i quali possono avere un interesse nella decisione (durante la cd. fase istruttoria) che dovrà considerare al momento della

²⁶ La partecipazione degli interessati nell'esperienza giuridica europea si è sviluppata in modo consistente con le pronunce dei tribunali, che ne hanno determinate un ampliamento e un ancoraggio sempre più forte a principi di settore piuttosto che a principi generali.

²⁷ E' opportuno sottolineare che *adjudication* e *rulemaking* si distinguono in *formal* e *informal*, a seconda che lo richiedano le singole leggi attributive dei relativi poteri, il secondo tipo caratterizzato dalla procedura di *notice and comment*.

²⁸ G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo*, op.cit., “(...)l'autorità che emana gli atti generali svolge un ruolo quasi arbitrale e la partecipazione consente un confronto tra le parti interessate, che consente di svolgere quel ruolo in modo efficace.”

²⁹ Attività di *adjudication* è considerata come un'attività di sintesi, che include sia attività amministrative sia attività giurisdizionali.

³⁰ Quinto emendamento del 1971 degli USA.

formulazione della decisione finale (e di cui si avrà “traccia” nella motivazione della stessa)³¹.

In tal modo si può intendere anche come una fase di controllo *ex post* della più generale attività regolatoria, poiché attraverso la motivazione si consente la ricostruzione della disciplina e delle regole del settore; si ha un controllo sulla formazione della decisione *interno* al procedimento.

Il potere regolatorio delle autorità indipendenti dotate di potere *quasi-judicial* determina una *regulation by litigation* e si realizza un metodo *case by case*, di natura tipicamente giudiziaria, capace di tradurre in norma decisioni individuali, facendoli diventare dei precedenti³². Da questo modo di agire ne deriva, pertanto, un'utilità generale per la collettività, che prendendo come riferimento le decisioni dell'Autorità può determinare i propri comportamenti futuri alla luce delle misure adottate nei casi concreti dall'Autorità.

La diversa valenza che assume il principio del contraddittorio in procedimenti di *rulemaking* e di *adjudication* si rinviene indirettamente dalle diverse funzioni svolte dalle Autorità. Il metodo classico americano di *notice and comment* previsto dall'*Administrative Procedure Act* del 1946, recepito dalle Autorità del settore delle telecomunicazioni e del gas mediante le procedure di consultazione pubblica ha l'obiettivo di raccogliere informazioni mediante le osservazioni sollevate su una data questione da parte di operatori del settore avvalendosi dell'*expertise* degli stessi. Nei

³¹ “Discipline di settore prevedono meccanismi di consultazione anche per l’emanazione di atti generali: meccanismi che il legislatore europeo prevede non solo per i procedimenti amministrativi che si svolgono a livello comunitario, ma anche per quelli con i quali le autorità nazionali attuano il diritto comunitario, secondo il modello dell’amministrazione indiretta.” G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo op. cit.*. Direttiva 2002 sulle comunicazioni elettroniche “gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, quando intendono adottare misure in applicazioni della presente direttiva o delle direttive particolari che abbiano un impatto rilevante sul relativo mercato, diano alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni sul progetto di misure entro un termine ragionevole”.

³² Come si sa la natura vincolante dei precedenti non è condivisa allo stesso modo in tutti i Paesi dell’Unione europea, tuttavia non può ignorarsene l’importanza che può avere, anche nei Paesi in cui il precedente non è vincolante, sull’orientamento delle future decisioni dell’Autorità e dei comportamenti delle parti.

procedimenti di *adjudication* il rispetto del principio del contraddittorio si attua mediante l'esperimento di audizioni e l'invio della comunicazione di risultanze istruttorie.

Tuttavia la distinzione tra *adjudication* e *reulemaking* non sempre ha i confini bene definiti e spesso lascia adito a problemi interpretativi. Ad aumentare le zone grigie contribuisce l'agire delle pubbliche amministrazioni le quali tendono ad adottare decisioni particolarmente importanti attraverso procedure di *rulemaking*, adottando cioè decisioni generali, piuttosto che definire i propri orientamenti mediante la prassi, ossia con decisioni individuali.

B. L'ASSETTO NAZIONALE

Il servizio delle telecomunicazioni da sempre è stato sottoposto alla riserva originaria ai sensi dell'art. 43 Cost¹. Il divieto di attività poteva essere derogato solamente attraverso una concessione pubblica. Tuttavia, con l'evolversi della tecnologia si sono venute a creare le condizioni che hanno potuto determinare lo sviluppo della concorrenza. A seguito della continua spinta legislativa proveniente dall'unione europea, l'ordinamento italiano come gli altri Stati dell'Unione ha recepito la normativa comunitaria, attuando un rapporto verticale tra la Commissione e le autorità nazionali ed orizzontale tra le varie autorità di regolazione nazionali. “Il *legal pluralism* delle politiche regolatorie è ben sintetizzato nell'art. 1, comma primo, della L. 481/95, secondo cui la disciplina mira a garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza, la determinazione di adeguati livelli di qualità e la fruibilità e la diffusione omogenea di servizi dei servizi sull'intero territorio nazionale”².

Attualmente è in corso l'*iter* di recepimento nazionale³ del quadro normativo comunitario delle comunicazioni elettroniche, adottato nel dicembre 2009⁴. Tale processo, che avrebbe dovuto compiersi entro il 26 maggio 2011, è necessario poiché le disposizioni comunitarie in questione non sono direttamente applicabili all'interno dell'ordinamento nazionale ed è indispensabile attuarla mediante l'emanazione di

¹ Ai fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

² In questo senso si esprimono M. CLARICH, G.F. CARTEI, *op. cit.*

³ La XIV Commissione del Senato, Politiche dell'Unione Europea, ha approvato il disegno di legge (d.d.l.2322) e l'ha trasmesso alla Camera dei Deputati (atto camera n. 4059)

⁴ costituito dal regolamento n. 1211/2009, istitutivo del *Body of european regulators in electronic communications* (BEREC) e del relativo Ufficio di supporto, e delle direttive n. 2009/136/CE e 2009/140/CE, recanti emendamenti al quadro regolamentare del 2002

decreti legislativi adottati dal Governo sulla base della delega conferita con il disegno di legge comunitaria 2010 (articolo 11).

1. Le origini: la legge 14 novembre 1995, n. 481 e la Legge 1997, n. 249.

Si è visto come nuove esigenze hanno determinato diversi interventi legislativi che, finalizzati a migliorare la tutela degli interessi degli utenti, hanno determinato una profonda trasformazione del sistema amministrativo nel suo complesso.

Il primo intervento rilevante, in ordine cronologico, ai fini della trattazione è rappresentato dalla Legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”; il secondo è costituito dalla Legge 31 luglio 1997, n. 249, “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi”.

Principi cardine su cui si fonda la legge in esame è ancora una volta quello della concorrenza; in particolare si propone di perseguire la promozione della concorrenza, la fruibilità dei servizi sull’intero territorio nazionale e la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori (come ad esempio attraverso la previsione di apposite procedure di conciliazione ed arbitrato, attraverso particolari strumenti di protezione per quei soggetti che versano in condizioni di disagio economico – sociale). La legge 481/95 delinea il quadro generale delle attribuzioni delle autorità di regolazione di settore, istituisce l’Autorità per l’energia elettrica e il gas conferendole poteri precettivi, di controllo e di soluzione delle controversie fra erogatori del servizio ed utenti⁵, all’art. 1 si fa espressamente riferimento alla tutela degli interessi di utenti e consumatori.

⁵ L’Autorità, in caso di violazione di *standard* previsti dalle Carte dei servizi, ha il potere di valutare “reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio nei confronti dei quali interviene imponendo, ove opportuno, modifiche alle modalità di esercizio degli stessi ovvero

Nel settore delle telecomunicazioni la relativa Autorità di regolazione ha adottato un Regolamento⁶ al fine di disciplinarne il funzionamento e l'organizzazione interna; a seguito dell'istituzione dell'Agcom e dell'adozione del Regolamento, risultato logico è stato la differenziazione, intesa quale specializzazione della disciplina, tra il regime dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e quello dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, alla quale rimane interamente applicabile la disciplina generale prevista dalla L. n. 481/95.

La legge 249/1997 ha segnato una svolta epocale nel panorama dell'ordinamento italiano; a questa sono susseguiti importanti delibere dell'Autorità che hanno fatto sì che la stessa potesse operare nella pienezza delle sue attribuzioni e in (una tentata) armonia con gli influssi comunitari. Aspetto particolarmente interessante è la previsione contenuta all'art. 1, c. 10, della legge in base al quale “Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di denunciare violazioni di norme di competenza dell'Autorità e di intervenire nei provvedimenti”⁷. In una lettura sistematica di tale previsione con l'introduzione degli istituti della conciliazione e dell'arbitrato si percepisce la *ratio* della legge di aumentare il grado di accesso alla tutela degli utenti. E' opportuno evidenziare come la stessa Autorità a seguito dei originari regolamenti emanati per disciplinare la risoluzione delle controversie tra organismi

procedendo alla revisione del regolamento di servizio di cui al c. 37”, art. 2, comma 12, lett.) m L. 481/1995

⁶ Il Regolamento originario concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità è stato adottato con delibera n. 17/98 del 16 giugno 1998. Con la delibera n. 316/02/CONS del 9 ottobre 2002 è stato adottato il nuovo Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità. E' successivamente intervenuta la deliberazione n. 506/05/CONS recante “Modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento” e poi la deliberazione n. 40/06/CONS del 19 gennaio 2006, “Integrazione della delibera n. 506/05/CONS recante modifiche ed integrazioni al regolamento di organizzazione e funzionamento”.

⁷ Formulazione che ricalca quella dell'art. 9 della legge 241/90.

di telecomunicazione⁸ e tra questi e gli utenti⁹, abbia provveduto a modificarli tentando di perfezionarne la disciplina e di armonizzarla agli orientamenti adottati a livello centrale dalla Commissione europea.

Sebbene l'Autorità italiana sia oggetto di continui interventi ed aggiornamenti sia strutturali sia di gestione, sia regolamentari, vi sono alcune zone grigie dove il legislatore non si è pronunciato. Facendo una valutazione complessiva si può dire che il quadro normativo realizzato abbia costituito, da un lato, una disciplina piuttosto completa che si articola in procedimenti sufficientemente definiti e regolati, ma dall'altro, è necessario sottolineare come il processo di sviluppo e miglioramento sia in continua evoluzione e alcuni aspetti risultano ancora poco definiti, si pensi alle modalità di recepimento nei diversi Paesi membri delle direttive e ai diversi sistemi contabili degli stessi.

2. Il codice delle comunicazioni elettroniche.

Il 16 settembre 2003 è entrato in vigore il Codice delle comunicazioni elettroniche, adottato con il Decreto Legislativo n. 259 del 1 agosto 2003, che sostituisce il codice postale, di bancoposta e telecomunicazioni del 1973. Con tale Codice, composto da 221 articoli, il legislatore ha unito in un unico testo normativo diverse materie.

Con l'adozione del D.Lgs. 259/03 l'Italia è stata tra i primi Paesi dell'Unione Europea ad adeguarsi al quadro legislativo europeo (pacchetto di direttive del 2002) in materia di comunicazione elettronica. Il recepimento della normativa comunitaria è stato possibile in virtù della delega contenuta nella legge 1° agosto 2002, n. 166 (art. 41). Obiettivo del Codice è quello di realizzare un *corpus* sistematico della disciplina in materia. Sebbene in alcune parti riprenda diverse disposizioni delle

⁸ Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, adottato dall'Autorità con la delibera n. 148/01/CONS, modificato il 1° agosto 2008, con delibera 352/08/CONS.

⁹ Regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti, adottato con delibera n. 182/02/CONS, modificato il 19 aprile, con delibera n. 173/07/CONS.

direttive comunitarie, vi sono alcune novità introdotte in ambito nazionale; in primo luogo si deve sottolineare l'introduzione del regime unico di autorizzazione generale che ha sostituito quello precedente basato sulla licenza e l'apertura alla concorrenza, mediante interventi preventivi che prevedono specifici obblighi in capo agli ex-monopolisti e in capo ad operatori comunque detentori di un significativo potere di mercato (SPM)¹⁰.

Aspetto molto importante è il dialogo che si è instaurato tra il livello nazionale e il livello comunitario, precisamente tra le autorità nazionali di settore e la Commissione europea; obiettivo di tale rapporto è realizzare un sistema integrato tra i diversi poteri di regolazione. A ben vedere però non sembra così corretto parlare di "dialogo" considerato che (sostanzialmente) la Commissione impone obiettivi e disciplina e le Autorità nazionali operano in aderenza ai principi agli indirizzi da questa fissati¹¹. Pertanto, se da un lato vi è l'indipendenza delle Autorità nazionali di settore, dall'altro vi è la notevole influenza della Commissione, alla quale tuttavia non può non riconoscersi un intento di semplificazione normativa (che non sempre sembra però realizzarsi).

Non pochi dubbi e incertezze vi sono in relazione alla ripartizione delle competenze tra Autorità di regolazione e il Ministero dello sviluppo economico - Dipartimento Comunicazioni, tra cui si è verificata una frammentazione di competenze e una difficoltà di gestione per differente finalità; se l'una è improntata al principio di libera concorrenza e garanzia del settore, l'altro assolve funzioni di carattere politico, l'una indipendente l'altro parte di tipo governativo. Si è verificata una commistione tra competenze e organismi di queste titolari, e ci si chiede se è così corretto

¹⁰ Obblighi generali sono previsti dalla Direttiva 2002/191/CE, art.5, comma primo, lett. a) ed obblighi specifici per i detentori di un SPM si veda Commissione Europea, *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica* (2002/C 165/03)

¹¹ Difficoltà che sembrano aumentare in considerazione del fatto che in ambito nazionale la materia di "ordinamento della comunicazione" fa parte delle materie che rientrano nelle competenze ripartite tra Stato e Regioni a seguito della Legge costituzionale 1 ottobre 2001, n. 3. In relazione al ruolo svolto dai regolatori si veda S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, Roma, 2002.

continuare a parlare di indipendenza delle autorità di settore. Viene sostanzialmente posta in discussione la *ratio* che ha determinato il nascere delle stesse se non ne viene salvata l'indipendenza politica¹² e l'indipendenza dalla Commissione europea. Se si devono promuovere gli investimenti nelle reti e nelle infrastrutture in genere, l'attività dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può risentirne a livello gestionale e di indirizzi da perseguire, in termini di non ottemperanza ai principi generali (trasparenza, imparzialità ed efficienza) e di assoggettamento (anche implicito e velato) al sistema economico-politico, ossia degli operatori del mercato delle telecomunicazioni e del potere politico dello Stato.

Non da ultimo è importante sottolineare l'apertura a nuove forme di tecnologia, di promozione e sviluppo di reti a banda larga e per quanto riguarda la tutela degli utenti la possibilità di adire in via stragiudiziale l'Autorità di settore. A tal riguardo il Decreto prevede che "L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, c. 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali", "tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione".

Inoltre sembra possa parlarsi anche di contraddizione di principio, disposizioni¹³ divergenti per valore e finalità con quanto (almeno teoricamente) dovrebbe perseguirsi.

3. L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

L'Autorità ha competenze nei settori della stampa, della radiotelevisione e delle telecomunicazioni; i poteri di cui è titolare nei vari settori hanno natura ed estensione diversa in relazione alla leggi che regolano tali settori. L'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è avvenuta con legge 31 luglio 1997, n. 249 con la

¹² Si veda l'art. 13, comma quarto del Codice, lett. c) .

¹³ Si considerino gli artt. 3, 4 e 13 del Codice rispettivamente relativi a Principi generali, obiettivi generali della disciplina di reti e servizi di comunicazione elettronica ed obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione. Disposizioni che hanno un rilievo e finalità eterogenee.

quale le sono stati attribuiti anche i poteri regolatori, normativi, decisorii e sanzionatori, che investono sia l'area delle telecomunicazioni sia quella dell'audiovisivo. L'istituzione dell'autorità è stata la risultante dei processi di innovazione, sviluppo e convergenza tecnologica che hanno investito lo scenario nazionale, ma ancor più quello sovranazionale ricordando che, come già detto, la nascita delle autorità indipendenti si è avuta in primo luogo grazie ad un decisivo impulso comunitario. La legge 249/97 disciplina per la prima volta in una logica di convergenza l'intero sistema della comunicazione, fissando le disposizioni fondamentali in materia di vigilanza regolamentazione delle telecomunicazioni, dell'editoria, della radiotelevisione, pubblicità e internet¹⁴. Obiettivo era quello di diminuire la diversificazione dei mezzi e dei contenuti della comunicazione, consentire l'utilizzo di una stessa rete per la trasmissione di dati diversi (telefonia, immagini, dati) e creare le condizioni per la "fusione" tra televisione, telefonia mobile e computer.

Ma ciò che senz'altro la caratterizza è la funzione di garanzia volta ad assicurare il rispetto e la realizzazione di diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione e dal diritto comunitario primario e derivato (dalla libertà di manifestare il proprio pensiero a quello della corretta informazione e alla tutela del consumatore¹⁵).

L'evoluzione del settore delle telecomunicazioni, ha trovato il suo culmine nella liberalizzazione dei servizi di telefonia vocale fissa aperti al pubblico, e il conseguente avvio della concorrenza a partire dal 1° gennaio 1998¹⁶. Il processo di

¹⁴ Come sostenuto da E. CHELI *"La convergenza tecnologica dei vari strumenti di comunicazione in uno stesso mezzo determina dunque anche la convergenza delle diverse normative (...) il diritto della convergenza"*, *Il settore delle telecomunicazioni del Mercato e del quadro regolamentare*, relazione di E. CHELI, ciclo di incontri seminariali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del 20 marzo 2000.

¹⁵ "Consumatore" va inteso in un'accezione ampia, facendovi rientrare sia il soggetto singolo, che le famiglie, che imprese; ed in particolare si farà riferimento al consumatore inserito in un quadro di riferimento in cui sono garantiti i principi della libera e della leale concorrenza. Si considereranno le offerte più ampie, più competitive, servizi personalizzati e prezzi minori.

¹⁶ Così, nel primo periodo del 1998, il Ministero delle Comunicazioni ha cominciato ad assegnare le licenze a nuovi operatori e, successivamente, l'Autorità ha potuto iniziare la propria attività nella seconda metà dello stesso anno

liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni è iniziato con il Libro verde del 1987 sulla liberalizzazione delle telecomunicazioni; è proseguito poi con le direttive 90/387 (poi modificata dalla 97/51/EC) e 90/388.

La prima direttiva è relativa all'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni, mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni¹⁷ (che impone l'accesso a condizioni trasparenti, obiettive e non discriminatorie alle infrastrutture), la seconda disciplina la concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni.

Si devono considerare inoltre la direttiva 96/19/CE che modifica la 90/388 al fine di completare l'apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni¹⁸; la direttiva 97/33/EC sull'interconnessione; la 98/10/EC sulla telefonia vocale e l'applicazione del servizio universale in un contesto concorrenziale e le direttive sul servizio universale¹⁹ del 2002, le 19, 20, 21, 22/CE²⁰.

Nel corso degli anni Ottanta si stava facendo strada negli Stati Uniti d'America prima e nel Regno Unito poi l'idea di un nuovo rapporto tra monopolio ed evoluzione tecnologica. Si ritenne che il monopolio pubblico determinava delle diseconomie. Se i mercati in espansione si caratterizzano per una ricerca nell'innovazione, il monopolio pubblico non è in grado di rispondere in termini di innovazione tecnologica, creando inefficienza nella qualità e nell'efficienza dei servizi offerti. Logica conseguenza è la sostituzione al modello basato sul monopolio quello di una rete aperta ed accessibile ai nuovi *competitors*, secondo prezzi orientati ai costi.

¹⁷ ONP – *Open Network Provision*.

¹⁸ Sulla base di questa direttiva è stato compiuto il processo di liberalizzazione che è ufficialmente iniziato il 1° gennaio 1998, ma che di fatto è di molto più risalente.

¹⁹ Il servizio universale è un obbligo imposto dagli stati agli operatori affinché, data la loro utilità sociale, I servizi telefonici di base vengano offerti a tutti a prezzi modici.

²⁰ Queste ovviamente non sono tutte le direttive intervenute in materia, ma quelle che hanno apportato maggiore innovazione e che pertanto hanno maggiore rilevanza.

L'Agcom è titolare di molteplici poteri, motivo per il quale sono sorti e sorgono tutt'ora diversi dubbi relativamente all'area in cui è possibile collocarla²¹.

La struttura dell'Autorità è disegnata in coerenza con gli obiettivi istituzionali e i poteri ad essa attribuiti. Secondo quanto dispone l'art. 1, comma 3, della legge istitutiva, l'Autorità si articola in quattro organi: il Presidente, che viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Governo e sottoposizione al parere vincolante delle competenti commissioni parlamentare con maggioranza dei due terzi dei componenti; il Consiglio, composto dal Presidente e da otto commissari eletti dal Parlamento; la Commissione per le infrastrutture e le reti; la Commissione per i servizi e i prodotti, che sono organi collegiali costituite da quattro commissari e dal Presidente dell'Autorità.

In virtù della terzietà²² che è garantita in prima istanza dal meccanismo di nomina dei membri dei suoi membri che avviene ad opera del Parlamento con voto limitato, l'Autorità, dotata di autonomia riconosciuta dal legislatore, ha adottato propri regolamenti concernenti l'organizzazione e il funzionamento degli uffici; il

²¹ Questo problema - generalizzato a tutte le autorità amministrative indipendenti - viene affrontato da R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, secondo il quale *“la nascita di tali organismi posti al di fuori dell'apparato esecutivo ed esercenti funzioni in parte normative ed in parte contenziose solleva non pochi dubbi relativamente ai cambiamenti intervenuti sull'assetto dell'amministrazione, sulla distribuzione dei relativi poteri...problema di ricondurle a uno dei tre poteri tradizionali dello Stato.”* Ed ancora relativamente il problema della natura delle autorità indipendenti c'è chi le riconduce ad organi solo formalmente amministrativi ma sostanzialmente giurisdizionali (ad esempio esercitando funzioni arbitrali, svolgendo quindi una funzione paragiurisdizionale); c'è chi invece riconosce la natura eminentemente amministrativa (anche se questa tesi convince poco perché pur se caratterizzate da un forte tecnicismo delle funzioni che svolgono, queste sono - o dovrebbero essere - caratterizzate da un alto grado di imparzialità e neutralità rispetto agli interessi coinvolti, mentre per quanto riguarda la pubblica amministrazione *stricto sensu* è consolidato il fatto che sia portatrice di un interesse).

²² Non è seconda l'idea che la terzietà sia garantita anche con la durata del mandato dei membri dell'Autorità e dalla loro difficile possibilità di rimozione. Tale orientamento è stato acclarato anche dalle disposizioni della direttiva 2009/140/CE che circoscrive le ipotesi di rimozione di rimozione dei componenti delle autorità alle sole cause di incompatibilità *ex lege*, determinandone la decadenza dagli incarichi.

trattamento giuridico ed economico del personale; i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato.

E' previsto inoltre che al suo interno l'organizzazione dell'Autorità si articoli in un Segretariato generale²³ e in "unità organizzative" di primo, di secondo e di terzo livello. A garanzia del buon funzionamento delle attività degli organi collegiali si pone la collaborazione tra il Segretariato generale e il Capo di Gabinetto dell'Autorità. A questo fanno capo le attività relative alle relazioni istituzionali, ai rapporti con le associazioni dei consumatori e con i Comitati regionali delle comunicazioni. Il Gabinetto assicura, infine, il supporto organizzativo al Consiglio nazionale degli utenti, agli organismi preposti al controllo interno e al Comitato etico.

L'organizzazione di primo livello dell'Autorità è articolata in Direzioni - con funzioni istruttorie ai fini dell'esercizio delle attribuzioni dell'Autorità - ed in Servizi -con funzioni di supporto agli Organi collegiali, al Segretariato generale ed alle Direzioni -.

Le Direzioni ²⁴ sono:

a) Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica²⁵;

23 Il Segretario generale risponde del complessivo funzionamento delle Direzioni e dei Servizi, tenuto conto delle priorità e degli indirizzi stabiliti dagli organi collegiali. Nell'attività di programmazione, pianificazione e controllo strategico, il Segretario generale può essere coadiuvato da due Vice Segretari generali, nominati dal Consiglio, in chiave di rafforzamento delle attività di coordinamento amministrativo. Nel Segretariato generale sono incardinate le attività di supporto agli organi collegiali, nonché le funzioni relative alle relazioni internazionali e comunitarie, alla comunicazione, e alla pianificazione e gestione dei sistemi informativi. Il Segretariato esercita le seguenti funzioni: a) verifica la completezza formale di atti e documenti e proposte da sottoporre all'Autorità; b) sovrintende all'attuazione delle deliberazioni dell'Autorità; c) cura la pianificazione dei procedimenti istruttori e sovrintende al loro regolare svolgimento; d) propone il piano delle risorse umane e finanziarie; e) trasmette affari e deliberazioni alle strutture competenti; f) pubblica le deliberazioni dell'Autorità; g) redige il processo verbale delle sedute degli Organi collegiali; h) coordina le attività dei Corecom osserva le funzioni a questo delegate; i) cura le attività comunitarie ed internazionali; l) cura la comunicazione esterna; m) gestisce i sistemi informativi, il protocollo informatico e aggiorna il sito web

²⁴ Prima delle modifiche apportate dal nuovo regolamento si aveva un'articolazione di questa sorta: Dipartimenti di: a) regolamentazione; b) vigilanza e controllo; c) garanzie e contenzioso.

- b) Direzione contenuti audiovisivi e multimediali²⁶;
- c) Direzione analisi dei mercati, concorrenza e assetti²⁷;
- d) Direzione tutela dei consumatori²⁸;
- e) Direzione studi, ricerca e formazione²⁹ .

I Servizi sono i seguenti: a) giuridico; b) ispettivo e registro; c) comunicazione politica e risoluzione di conflitti di interesse; d) risorse umane; e) organizzazione bilancio e programmazione; f) servizio affari generali e contratti.

L'organizzazione di secondo livello è articolata in uffici.

L'Autorità con sede a Napoli e Roma si avvale di una articolata rete di organi³⁰, i Comitati regionali per le comunicazioni, su tutto il territorio nazionale. Sono organi funzionali istituiti con legge regionale, per l'esercizio di alcune funzioni delegabili a livello territoriale (ai sensi dell'art. 1, c. 13, L.249/1997- ad es. funzioni consultive, di vigilanza e di risoluzione delle controversie).

²⁵ E' stato introdotto ex novo l'art. 14-bis *Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica*. Al comma I prevede che *“La Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica svolge attività preparatorie ed istruttorie per le funzioni di regolamentazione, di vigilanza e sanzionatorie relative alle competenze attribuite all'Autorità in materia di: a) servizi all'ingrosso relativi all'interconnessione e all'accesso in materia di reti di comunicazione elettronica; b) servizi al dettaglio di telefonia e dati a banda stretta e larga; c) numerazione; d) piani e procedure di assegnazione delle frequenze.”*

²⁶ Direzione che è stata disciplinata dall'art. 14-ter del Regolamento.

²⁷ Disciplinato dall'art. 14-quate.

²⁸ Questa Direzione è regolamentata dall'art. 14-quinquies *Direzione tutela dei consumatori*. Il primo comma prevede che *“La Direzione tutela dei consumatori svolge le attività preparatorie di istruttorie per le funzioni di regolamentazione, di vigilanza e sanzionatorie relative alle competenze attribuite all'Autorità in materia di: a) servizio universale; b) trasparenza dei prezzi e condizione di offerta; c) carte dei servizi; d) servizi di informazioni abbonati; e) gestione delle denunce e segnalazione degli utenti; f) rapporti con le associazioni di consumatori; g) pareri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole; h) gestisce il contenzioso gestori-utenti; i) cura le relazioni con il pubblico”*.

²⁹ Direzione che trova la propria fonte legislativa all'art. 14-sexies *Direzione studi, ricerca e formazione*.

³⁰ I Co. Re. Com. istituiti in tutte le regioni ma ancora non funzionanti in tutte.

Si può dire quindi che l'Agcom è un'istituzione complessa che si differenzia dalle altre Autorità indipendenti poiché articolata su più livelli e in più uffici.

Il presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, previa sottoposizione della designazione al parere delle competenti Commissioni parlamentari. In nessun caso la nomina³¹ può avvenire in mancanza del parere favorevole espresso dalle Commissioni parlamentari a maggioranza dei due terzi dei componenti. Ciò per assicurare un bilanciamento del potere governativo di nomina del presidente dell'Autorità.

I commissari non sono designati dai Presidenti delle due Camere del Parlamento, ma sono eletti con voto limitato per metà dalla Camera dei deputati e per metà dal Senato. Inoltre le elezioni sono differenziate per le due commissioni dell'Autorità. Senato e Camera eleggono quattro commissari ciascuno; ogni senatore e deputato esprime il voto indicando due nominativi, uno per la commissione per le infrastrutture e le reti e uno per la Commissione per i servizi e i prodotti³².

Nel 2006 l'Autorità, a seguito di una sua riorganizzazione interna, ha visto l'istituzione della Direzione tutela dei Consumatori, composta di tre uffici, il cui fine è quello di garantire un'effettiva tutela del consumatore intervenendo in tutti gli ambiti del rapporto utente/operatore.

L'Ufficio qualità, servizio universale e rapporti con le associazioni il cui compito principale è quello di monitorare che siano applicate le corrette condizioni economiche di offerta e che siano rispettati gli obblighi derivanti dal Servizio universale; a tal fine questo ufficio intrattiene numerosi contatti con le associazioni di consumatori; l'Ufficio gestione delle segnalazioni e vigilanza valuta le

³¹ Al fine di garantire ulteriore indipendenza si potrebbe prevedere di attuare un controllo relativo ai criteri di nomina, prevedendoli quali requisiti comuni, che contemplino casi di ineleggibilità relativi ad altre cariche politiche e dirigenziali ricoperte ovvero soggetti di specifiche competenze tecniche.

³² Si potrebbe sostenere che in tal modo i componenti dell'Autorità non abbiano, visto il carattere di rappresentanza politica nel momento dell'affidamento dell'incarico, il principale requisito richiesto: l'indipendenza. Per superare questa impasse si è detto che tale rappresentanza politica deve venire meno nel momento funzionale dell'esercizio delle competenze, ciò per avere l'autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione richiesta dall'istituzione stessa.

segnalazioni che giungono all'Autorità e l'Ufficio controversie e sanzioni gestisce i procedimenti, dal corretto svolgimento dell'istruttoria all'adozione dei provvedimenti sanzionatori.

I requisiti personali dei componenti dell'organo sono l'alta e riconosciuta professionalità e competenza; la durata dell'incarico è di sette anni senza possibilità di rinnovo.

Al di là della ripartizione interna delle competenze dell'Autorità, l'Agcom ha diversi rapporti istituzionali sia in ambito nazionale con istituzioni nazionali³³ che con organismi internazionali³⁴.

Le competenze e i poteri dell'Autorità sono indicati negli obiettivi di regolazione e garanzia, e per un'analisi approfondita dovrebbero essere considerati riguardo ai settori in cui si inseriscono.

3.1 I Comitati Regionali per le Comunicazioni (Co. Re. Com.)

I Co.Re.Com. esercitano le funzioni delegate³⁵ dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; la legge istitutiva dell'Autorità prevede l'istituzione di organi ausiliari al funzionamento dell'Autorità stessa che operino a livello regionale.

I Comitati Regionali per le Comunicazioni (Co.Re.Com.) sono “funzionalmente organi” dell'Autorità, poiché svolgono a livello regionale, funzioni delegate da parte

³³ Si pensi ai protocolli d'intesa con Agcm e Ministero delle comunicazioni; alle relazioni annuali da inviare al Parlamento; a collaborazioni con Istituzioni su temi specifici – ad esempio Istat, Privacy -.

³⁴ Commissione Europea, Ocse, Berec, con Autorità di regolazione di altre nazioni.

³⁵ Le funzioni delegate ai Co.Re.Com. sono relative alla vigilanza sul settore radiotelevisivo locale per la tutela dei minori; alle procedure sul diritto di rettifica nel settore radiotelevisivo locale alla vigilanza sulle norme in materia di pubblicazione e diffusione di sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa in ambito locale; al tentativo obbligatorio di conciliazione in caso di controversie tra utenti e operatori e alla definizione delle controversie tra utenti e operatori. Infine sono di competenza dei Co.Re.Com. anche la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione e la vigilanza sugli obblighi di programmazione e sull'attività radiotelevisiva locale.

dell'Agcom. Obiettivo, attraverso il principio di leale collaborazione, è migliorare la tutela e il funzionamento nel settore delle telecomunicazioni a livello regionale. Funzione dei Co.Re.Com. è, quindi, assicurare a livello decentrato le funzioni di garanzia e controllo in tale settore.

Il consumatore si rivolgerà, quindi, al Co.Re.Com. territorialmente competente ossia al Co.Re.Com. della Regione di residenza. Nel caso in cui l'organismo che dovrebbe adire non è abilitato all'esercizio di tutte le funzioni ovvero non sia stato istituito, il consumatore si potrà rivolgere direttamente all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

L'Autorità ha definito le materie di propria competenza che possono essere delegate ai Co.Re.Com. tuttavia tali organismi sono istituiti e disciplinati da leggi regionali, facenti parte della struttura delle singole Regioni.

Il rapporto di delega tra l'Agcom e i Co.Re.Com. è disciplinato da Accordi Quadro, sottoscritti con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e con la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative, delle Regioni e delle Province autonome, fermo restando la possibilità per i Co.Re.Com. di sottoscrivere convenzioni ad hoc con l'Autorità per lo svolgimento di ulteriori funzioni.

Sulla base dell'Accordo Quadro del 2008, nel 2010 con la delega di ulteriori funzioni in capo ai Co.Re.Com. si è attuato un ulteriore decentramento di funzioni in materia di definizione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche e utenti, di vigilanza sul rispetto degli obblighi di programmazione e delle disposizioni in materia di esercizio dell'attività radiotelevisiva locale e relativamente alla tenuta del Registro degli operatori di comunicazione (ROC) a livello regionale. In questo modo si è modificato il ruolo di tali organismi accrescendone l'autorevolezza nel settore delle comunicazioni.

*SEZIONE II – ASPETTI PROCEDIMENTALI E PROVVEDIMENTALI
NELL’ORDINAMENTO ITALIANO*

1. (Cenni) L’autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e la “ripartizione” delle competenze

La nuova cornice regolamentare del sistema delle telecomunicazioni ha determinato nuovi assetti e nuovi rapporti tra le istituzioni dell’ordinamento italiano. Se con l’istituzione delle autorità di regolazione si è avuto un trasferimento dei poteri verso di esse, si deve notare come tale tendenza sia mutata e come si è verificato un lento processo di reindirizzamento dei poteri dall’Autorità di settore agli organi di governo³⁶.

Secondo quanto previsto dalla legge istitutiva dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (L. 249/97) si tratta di un’autorità “convergente”, ossia di un’autorità cui sono attribuiti poteri sia nel settore delle comunicazioni elettroniche sia nel settore dei servizi audiovisivi³⁷. Ad esempio nel settore delle telecomunicazioni si è assistito ad una sorta di ri-attribuzione dei poteri in capo al Ministero delle comunicazioni³⁸ per quanto riguarda il settore delle licenze e delle

³⁶ Nel riparto delle attribuzioni in materia di telecomunicazioni, con la legge 31 luglio 1997, n. 249, all’AGCom veniva riconosciuta una competenza generale sul settore delle telecomunicazioni, lasciando al Ministero un ruolo residuale, nonostante continuasse a rilasciare le concessioni radiotelevisive. Successivamente, si è iniziato a restituire al Ministero competenze già assegnate all’Autorità. Con l’entrata in vigore del Codice delle comunicazioni “il mistero si infittisce” poiché l’Agcom è riconosciuta (all’art. 1, co. 1, lett. f) ed art. 7, co. 2) quale “Autorità nazionale di regolamentazione” ma di fatto il Ministero è considerato autorità di regolazione anche esso determinando confusione e sovrapposizione di competenze.

³⁷ Per i media e i servizi audiovisivi si farà riferimento alla Direttiva 2007/65/EC, trasposto in sede nazionale con il D. Lgs. n. 44/2010.

³⁸ Il Ministero delle Comunicazioni soppresso nel 2008, quando fu assorbito dal Ministero dello Sviluppo Economico (quello che era prima il Ministero delle Attività Produttive – in cui il Ministero

autorizzazioni. D'altronde il fatto che il settore delle telecomunicazioni coinvolga interessi molto rilevanti costituisce la risposta al forte coinvolgimento politico-istituzionale, dal quale tuttavia se ne proclama l'indipendenza. Se, come dice autorevole dottrina³⁹, "gli esecutivi (...) hanno spesso cercato di influenzare l'attività di regolamentazione dell'Autorità ogni qualvolta tale regolamentazione fosse suscettibile di indirizzare lo sviluppo di settori o mercati strategici quali ad esempio la "banda larga", le risorse frequenziali, il mercato mobile e lo sviluppo del 3G, costituisce un dato di fatto difficilmente confutabile". Inoltre, come sostenuto dagli stessi autori, "...si è registrato un progressivo spostamento di compiti dall'Autorità al Ministero (...) senza peraltro che a questo processo abbia fatto seguito un corrispondente spostamento di professionalità e di risorse umane o finanziarie". Per quanto attiene le risorse finanziarie, si deve evidenziare come durante il 2010 le entrate siano state inferiori rispetto agli anni precedenti. In particolare, hanno influito su tale diminuzione la legge finanziaria 2010 e il passaggio, secondo quanto disposto dalla Legge n. 25 del 26 febbraio 2010, dal sistema previdenziale dell'INPS a quello del INPDAP.

L'Autorità pone in essere un'ordinaria attività di raccordo e consultazione con il Parlamento, in particolare con le Commissioni Trasporti e Lavori pubblici e comunicazione.

Con il Ministero dello sviluppo economico l'Autorità ha una stretta attività di collaborazione, in particolare con il Dipartimento per le comunicazioni⁴⁰ cui sono attribuite funzioni di promozione e di sviluppo del settore delle comunicazioni, oltre alle funzioni di disciplina e di rilascio di titoli abilitativi. Il Dipartimento svolge, inoltre, consultazioni e audizioni per lo svolgimento di attività di pianificazione, e pone in essere anche attività di vigilanza e sanzionatoria. Settore principale in cui opera il Dipartimento è quello relativo all'attività di "digitalizzazione" delle reti

delle Comunicazioni avrebbe dovuto essere "modificato" (dal 2001) con l'entrata in vigore della riforma Bassanini.

³⁹ F. BRUNO, G. NAVA, *op. cit.*

⁴⁰ Il Dipartimento è articolato in tre Uffici di livello dirigenziale generale, due Uffici di livello dirigenziale non generale; è altresì articolato in organi tecnici consultivi e vigila sull'operato del l'Istituto delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione.

televisive e alla numerazione. Opportuno è sottolineare che un'attività di controllo e vigilanza esercitata, di fatto, da due soggetti potrebbe creare una forte incertezza nel sistema e disparità di trattamento tra gli operatori del settore, determinando altresì una mancata possibilità in capo all'Autorità di intervenire a tutela dell'utenza e a garanzia, sostanzialmente, di comportamenti futuri e quindi di regolamentare il mercato.

In particolare si instaura una collaborazione con il Ministero dello sviluppo economico per la gestione dello spettro radio. Il Ministero gestisce le procedure di selezione laddove, in caso di procedure a rilevanza nazionale, può proporre che sia costituito un Comitato dei Ministri al fine di coordinare lo svolgimento di tutta la procedura. Inoltre il Ministero è responsabile per il Piano Nazionale di Ripartizione delle Frequenze (in caso di modifiche l'Autorità renderà un parere al Ministero), autorizza i titoli abilitativi e i diritti d'uso delle frequenze mentre l'Autorità regola l'accesso allo spettro radio, definendone le regole ossia i criteri per la definizione dei contributi dei diritti d'uso, valuta le condizioni verificando che non vi siano asimmetrie e procede alle limitazioni geografiche e valuta le limitazioni geografiche.

Altra forma di ripartizione si ha con i Comitati regionali di telecomunicazione, che costituiscono degli organismi ausiliari di cui si parlerà diffusamente in seguito, e con la Guardia di finanza e la Polizia postale. In quest'ultimo caso, tuttavia, piuttosto che di ripartizione è più opportuno parlare di collaborazione; l'Autorità ha infatti sottoscritto con un Protocollo d'Intesa mediante il quale ha sì istituito un Nucleo Speciale al fine di garantire interventi tempestivi ed efficaci nel settore delle telecomunicazioni e dell'editoria.

Si può dire che l'ordinamento italiano non è stato caratterizzato da una precisa separazione delle competenze tra le Autorità nazionali di regolazione e il Governo; anzi talvolta si è creata una vera e propria confusione dettata dalla sovrapposizione di poteri in capo all'una e all'altro che piuttosto che sfociare in una equilibrata divisione di poteri, basata su una forte cooperazione, è sfociata in una loro giustapposizione. Giusta osservazione potrebbe essere che tale difficoltà di collocazione sia una

conseguenza dell'articolata suddivisione di competenze che si verifica anche a livello comunitario tra le diverse istituzioni europee.

2. Tutela ex post dell'Autorità

Tra le varie funzioni che esercita l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, vi è quella relativa alla tutela degli utenti. Tale funzione viene esplicata in diversi modi nei diversi settori di sua competenza, attraverso la fissazione di una regolamentazione *ex ante*, ovvero attraverso la predisposizione di strumenti di tutela che si attuano *ex post*. Esigenza ed obiettivo di fondo è quello assicurare un adeguato livello di protezione in quei settori, ove, progressivamente, lo Stato rinunciando alla sua partecipazione ha lasciato lentamente il posto al libero mercato.

Concludendo, l'Autorità pone in essere due tipologie di tutela, *ex ante*, ossia preventiva ed *ex post*, quindi successiva e finalizzata a porre rimedio a situazioni che hanno determinato un pregiudizio in capo agli utenti. Tipica funzione esercitata in modalità preventiva è il controllo su modelli contrattuali posti in essere dagli operatori del settore.

Il Regolatore interviene pertanto con strumenti di tutela *ex post* quali l'attività di vigilanza di cui si accenna di seguito e l'attività di risoluzione delle controversie che costituisce il tema d'indagine della presente ricerca, tutte quelle volte in cui si deve "ripristinare" un pregiudizio subito.

2.1 Attività di vigilanza, gestione delle segnalazioni e attività sazionatoria.

In considerazione del fatto che l'attività di regolazione e vigilanza posta in essere dall'Agcom investe numerosi soggetti in diversi settori di competenza si deve

sottolineare come l'Autorità sia titolare di un'ampia gamma di strumenti di intervento al fine di garantire una tutela adeguata degli utenti e dei consumatori.

Tradizionalmente l'attività di vigilanza e tutela dei consumatori si realizza "di ufficio" o, a seguito di un comportamento lesivo, su impulso di soggetto direttamente o indirettamente leso. L'impulso è costituito da segnalazioni e denunce provenienti da cittadini, associazioni di consumatori di livello centrale e periferico, enti privati e studi legali che segnalano sia comportamenti generalizzati lesivi dei diritti dei consumatori, sia fattispecie singole con una specifica lesione. L'Autorità, in particolare la Direzione tutela dei consumatori una volta ricevute le segnalazioni le raccoglie e le classifica in base alla priorità di segnalazione e di intervento.

In tutte le ipotesi in cui la regolamentazione non è sufficiente a prevenire violazioni, nonostante l'adozione di atti deliberativi preceduti da forme di partecipazione e dall'analisi delle rilevanti questioni economiche, tecniche e giuridiche, è necessario ricorrere ad una tutela riparatoria. L'attività di vigilanza e gestione delle segnalazioni è posta in essere da un Ufficio *ad hoc* in seno alla Direzione tutela dei consumatori e ha il compito di valutare le segnalazioni e le denunce pervenute all'Autorità. L'importanza di tale compito non si esaurisce nell'accertamento o meno di una violazione, aspetto comunque di primo rilievo poiché necessario per la fase successiva dell'avvio di procedimenti sanzionatori, rappresentando piuttosto un modo per la risoluzione concreta di problematiche sottoposte direttamente all'attenzione dell'Autorità e di immediato pregiudizio per consumatori e utenti. Nella maggior parte dei casi, infatti, a seguito di un confronto con l'operatore che si presume abbia posto in essere una condotta in violazione della normativa tali situazioni si risolvono positivamente in modo transattivo.

Aspetto da sottolineare è la scelta alla base dell'intervento realizzato dall'Autorità. L'Agcom infatti orienta la sua attività in ottemperanza a quanto previsto a livello comunitario dalla cd. *Better Regulation*, ossia un sistema di *governance* basato sui principi di buona amministrazione e di democrazia nei processi decisionali.

Per quanto riguarda l'intervento dell'Autorità dal punto di vista sanzionatorio si può semplificare l'esposizione indicando i settori all'interno dei quali la stessa opera. I settori di maggiore intervento sono quelli in cui l'Autorità verifica la corretta

esecuzione degli impegni assunti e l'esecuzione di attività pre-istruttorie relative ad ipotesi di violazione della normativa in materia di comunicazioni elettroniche (art. 4 delibera 136/06/CONS).

Al di là di tali settori deve segnalarsi un notevole e costante aumento negli ultimi anni dell'attività sanzionatoria dell'Autorità relativa a fattispecie aventi ad oggetto la tutela dell'utenza. Secondo alcuni studiosi è possibile individuare quale con-causa del crescere delle istanze a tutela dell'utenza l'istituzione della Direzione tutela dei consumatori all'interno dell'Agcom e i numerosi interventi regolamentari in tale settore⁴¹.

Come avviene per le sanzioni previste dal diritto penale, che dovrebbero essere effettive e a cui si riconosce un'efficacia general-preventiva, anche in questo settore allo strumento sanzionatorio si collegano diversi effetti. In primo luogo si fa riferimento all'effetto coercitivo previsto posto a tutela degli utenti; in secondo luogo l'effetto deterrente della sanzione. In questo caso infatti perseguendo singole violazioni di norme, mediante l'effetto deterrente derivante dalla sanzione, si possono indirizzare i comportamenti della pluralità degli operatori del settore.

Nel settore delle telecomunicazioni l'attività sanzionatoria è principalmente collegabile all'attivazione di servizi non richiesti⁴² e alla trasparenza delle condizioni contrattuali, in particolare per quanto attiene la violazione degli obblighi informativi in capo agli operatori e la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali.

⁴¹ E.M.COTUGNO, *La tutela del consumatore nell'esperienza dell'AGCOM*, in C. IURILLI, G. VECCHIO (a cura di) *Il nuovo diritto dei consumatori. Il contratto, la conciliazione, la tutela collettiva*.

⁴² Per quanto riguarda l'attivazione di servizi non richiesti (e la relativa fatturazione) si devono differenziare le ipotesi antecedenti o successive al 26 gennaio 2007. Precedentemente tale data la sanzione avveniva ai sensi dell'art. 1, comma 31, L. 249/1997, relativa alle violazioni di cui all'art. 7, comma 5 delibera 179/03/CONS. Per le violazioni successive alla data di riferimento si considera l'art. 3 delibera 66°/06/CONS che prevede specificamente l'applicazione della sanzione secondo le previsioni del Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 98, comma 16) che prevede sanzioni pecuniarie che vanno da un minimo di 58.000 a d un massimo di 580.000 euro.

2.2 Le procedure alternative di risoluzione delle controversie introdotte dalle leggi n. 481/95 e n. 249/97

Nel settore delle telecomunicazioni la conciliazione quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie ha caratteristiche peculiari rispetto a quanto previsto tradizionalmente nel nostro ordinamento a causa della sua obbligatorietà.

L'art. 1, c. 1, L. n. 481/ 1995 prevede, al fine di garantire una tutela adeguata degli interessi degli utenti e dei consumatori, che i componenti di ciascuna Autorità di settore siano scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore in cui operano. All'art. 2, c. 5, si legge che "Le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione" e "sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza".

Trattandosi di servizi di pubblica utilità ciascuna Autorità nel perseguire obiettivi di promozione della concorrenza, efficienza del settore, ed il raggiungimento di elevati livelli di qualità, deve studiare il settore di cui si occupa dal punto di vista tecnico e deve garantirne la fruibilità su tutto il territorio nazionale e controllarne il corretto svolgimento dei servizi⁴³.

Le Autorità sono competenti a valutare reclami, istanze e segnalazioni presentate da consumatori od utenti, singoli o associati, in ordine ai quali, se necessario, può intervenire imponendo di modificare le modalità di erogazione del servizio⁴⁴.

Per quanto attiene specificamente alla risoluzione delle controversie alternativa alla giurisdizione si devono considerare gli artt. 2, comma 20 (in particolare la lettera e) comma 24 lett. b, dove si fa espresso riferimento alle procedure di conciliazione ed arbitrato.

Secondo la lett. c) e d) dell'art.2, comma 20, le autorità sono titolari di un potere sanzionatorio che le legittima ad irrogare sanzioni amministrative, pecuniarie⁴⁵ e -in

⁴³ Tali controlli si realizzano mediante poteri d'ispezione, di accesso, di acquisizione di documenti e di notizie utili, determinando anche i casi di indennizzo da parte dell'esercente il servizio nei confronti dell'utente, nei casi in cui il primo violi il livello degli standard minimi.

⁴⁴ La legge precisa le funzioni di cui sono titolari le Autorità nel perseguimento dei propri fini; tali funzioni sono elencate all'art. 2, c. 12.

ipotesi di violazioni più gravi o reiterate- hanno la facoltà di sospendere l'attività di impresa fino a sei mesi ovvero di proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione (qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti); ovvero di ordinare (al soggetto erogatore del servizio) la cessazione del comportamento lesivo di diritti degli utenti e la corresponsione di un indennizzo⁴⁶.

Infine secondo la lettera e) l'Autorità "può adottare, nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio". Potrebbe essere opportuno soffermarsi sulla dicitura di tale articolo dal momento che sembra mettere sullo stesso piano la procedura di arbitrato e quella di conciliazione. Proseguendo (art. 2, c. 24) si legge che "Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'art. 17, c. 1, della legge 400 del 1998, sono definiti: a) le procedure relative alle attività svolte dalle Autorità idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione; b) i criteri, le condizioni i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, prevedendo altresì i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ai sensi dell'art 2, c. 4, lettera a), della L. 29 dicembre 1993, n. 580. Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale

⁴⁵ Sanzioni non inferiori nel minimo di 25.822.84 e non superiore a 15.4937.069.73

⁴⁶ Questa disposizione è rilevante poiché volta a definire un contrasto tra soggetto erogatore del servizio ed utente. Quindi è una funzione che mira a ristabilire un equilibrio tra le parti, a seguito di una verifica dell'effettivo comportamento lesivo di un diritto da parte degli erogatori dei servizi.

che, se proposto, è improcedibile. Il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo”.

Sebbene la norma preveda l’istituto dell’arbitrato, bisogna tener presente che non vi è un rimando ed un’assimilazione totale all’arbitrato disciplinato dal codice di procedura civile. In particolare non c’è la necessità di una clausola compromissoria e si attribuisce in modo preventivo la competenza a decidere le controversie ad un organo costituito presso autorità o Camere di commercio e la decisione arbitrale ha efficacia di titolo esecutivo, senza che occorra l’*exequatur* del Tribunale ai sensi dell’art. 825 c. p. c., previsto nei casi di arbitrato rituale.

Tuttavia regolamenti *ad hoc* vanno a disciplinare controversie tra operatori ed operatori e utenti prevedendo apposite procedure di conciliazione o arbitrato, svolte in contraddittorio presso le autorità competenti per il settore interessato. La legge. n. 249/1997 attribuisce all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di definire le procedure di conciliazione ed arbitrato relative alle controversie insorte tra utenti ed organismi di telecomunicazioni o tra più soggetti erogatori.

Un primo riferimento in tal senso è offerto dall’art. 1, c. VI, lett. a) n. 8, secondo cui la commissione per le infrastrutture e le reti “regola le relazioni tra gestori e utilizzatori delle infrastrutture di telecomunicazioni...” e dal n.9 “sentite le parti interessate, dirime le controversie in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione entro novanta giorni dalla notifica della controversia”⁴⁷.

⁴⁷ E’ opportuno però fare un passo indietro rispetto alla L. n. 249/1997. La disciplina in vigore era quella dettata dalla direttiva 92/44⁴⁷. Punto essenziale di tale direttiva era l’individuazione di una procedura di conciliazione attivabile in caso di una sua violazione da parte degli utenti e che, a diversi livelli, poteva riguardare l’autorità nazionale di regolamentazione, la Commissione ed il Comitato ONP appositamente istituito dalla direttiva quadro. Pertanto si configurava un sistema così articolato: un primo livello di tutela garantito dall’autorità nazionale di regolamentazione competente, cui l’utente leso poteva proporre ricorso; un secondo livello di tutela - eventuale - predisposto in caso di mancato accordo e previa notifica all’autorità ed alla Commissione Europea. In questo secondo caso era possibile accedere alla procedura di conciliazione prevista ai punti 3 e 4 dell’art. 12 della direttiva. Questa fu recepita in Italia con d. lgs. 2 maggio 1994, n. 289. Prevedeva una disciplina ancora meno articolata di quella prevista dalla direttiva. Infatti l’art. 9 si limitava a prevedere il diritto, in capo agli utenti che si ritenevano lesi da violazioni del decreto di riferimento, di ricorrere al Ministero delle

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, all'art. 84 prevede che "l'Autorità, ai sensi dell'art. 1, comma 11, 12, 13 della legge. 249/1997 adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o indennizzo". In questo articolo è stato rivisitato il contenuto del D.P.R 318 del 1997 il quale stabiliva che tali procedure devono essere "facilmente accessibili e poco onerose per un'equa, tempestiva e trasparente composizione delle controversie"⁴⁸. "L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze⁴⁹ oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro⁵⁰. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione"⁵¹.

poste e delle telecomunicazioni che doveva disporre entro 90 giorni. L'utente poteva richiedere di avviare una procedura di conciliazione presso il Comitato ONP, solo se il Ministero aveva espresso un parere favorevole al riesame della questione. Anche con questa disciplina era fatto però salvo il diritto dell'utente di ricorrere ai normali rimedi previsti dalla tutela giurisdizionale

⁴⁸ Art. 18 d. P. R. 19 settembre 1997, n. 318 (abrogato dall'art. 218 D.Lgs. 1° agosto 2003, n. 259).

⁴⁹ I questo caso si farà riferimento al *Regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti*, adottato dall'Agcom con delibera 173/07/CONS.

⁵⁰ Si considererà il *Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni*, approvato con la delibera 148/01/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

⁵¹ Art. 1, c. XI, l. 249/97. Precisamente la conciliazione e l'arbitrato si pongono in un rapporto di precedenza necessaria rispetto all'esperimento dei rimedi di tipo giurisdizionale; ed ancora si noti come al mancato accordo in sede di conciliazione può seguire l'arbitrato da parte dell'Autorità.

In questa sede basta accennare quanto si riprenderà successivamente, secondo cui in dottrina e in giurisprudenza la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione ha generato molte discussioni, prima tra tutte quella relativa al problema di legittimità costituzionale, in base al quale in questo modo si verrebbe ad ostacolare l'esercizio del diritto alla difesa e del diritto ad ottenere tutela dei propri diritti.

Il nuovo regolamento di risoluzione delle controversie adottato con delibera 173/07/CONS, così come quello previsto dalla delibera 182/02/CONS, contempla due metodi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali: il tentativo obbligatorio di conciliazione davanti ai Co.Re.Com (secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 11 L. 249/97) e la definizione della controversie presso l'AGCOM⁵². Le modalità di risoluzione delle controversie in via non contenziosa devono essere disciplinate con provvedimenti emanati dall'Autorità.

Il potere di denuncia e intervento nei procedimenti dinanzi all'Autorità è riconosciuto a "qualunque soggetto portatore di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento"⁵³; ciò significa che qualsiasi soggetto si veda leso un diritto è legittimato a ricorrere dinanzi all'Autorità per ottenere idonea tutela.

Riassumendo, sia la legge. 481/1995 che la legge. n. 249/1997 parlano di procedure di risoluzione delle controversie; ma se ne parla in modo differente: infatti, mentre la legge n. 481 del 1995 all'art. 2, c. XXIV, lett.b), prevede che le procedure di conciliazione ed arbitrato si svolgano "presso" le Autorità, la legge. n. 249 del 1997, all'art.1, comma XII, fa riferimento alla domanda che deve essere proposta "all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni". Da qui la differenza sostanziale, ossia un'autorità di settore, quale ad esempio l'Aeeg, non è necessariamente essa stessa organo di conciliazione o di arbitrato potendo risultare solo la sede neutrale in cui dette procedure saranno svolte; l'Agcom, invece, è essa stessa organo di conciliazione, e quindi competente a dirimere le liti.

⁵² Ai sensi del D.P.R. 318/1997, si prevedeva oltre tali modalità anche la possibilità di effettuare segnalazioni all'AGCOM di violazioni di norme a tutela del settore delle telecomunicazioni

⁵³ Art. 1, comma X, l. 249/97.

E' opportuno sottolineare come tale attribuzione non si ponga in contrasto con il dettato costituzionale, perché non limita il diritto di azione in sede giurisdizionale, dal momento che la stessa giurisprudenza costituzionale ha negato che il previo ricorso a strumenti non giurisdizionali sia incompatibile con la garanzia del diritto di azione⁵⁴.

Benché le discipline siano lacunose, si può notare agevolmente che non si tratta di un *legal trasplant* di istituti giuridici e che le procedure in esame si diversifichino da quelle di conciliazione ed arbitrato di matrice privatistica, pur adottando la medesima denominazione dal momento che si rileva una maggiore attribuzione di poteri alle *Authorities* (basti pensare alla possibilità di adottare provvedimenti temporanei per assicurare la continuità del servizio o far cessare eventuali abusi o disservizi imputabili al soggetto gestore⁵⁵).

In definitiva nonostante siano stati introdotti nuovi rimedi nel nostro ordinamento, dubbia è la loro effettività ed adeguatezza spesso riconducibili a limiti culturali e difficoltà organizzative⁵⁶.

Concludendo, sebbene queste autorità siano competenti oltre che ad emanare regole e decisioni anche ad assicurare la risoluzione non giurisdizionale delle controversie, non potranno essere qualificate come attività relative allo *ius dicere*, alla stregua degli organi giurisdizionali.

⁵⁴ Si veda la sentenza della Corte costituzionale del 13 luglio 2000, n. 276.

⁵⁵ Atti che secondo alcuni studiosi devono essere ricondotti ai poteri regolatori e di vigilanza dell'Autorità, in questo senso N. LONGOBARDI, *op. cit.*; secondo altra parte della dottrina M. P. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo IV, Il processo amministrativo*, Milano, 2000, dovrebbero essere accomunate ai provvedimenti cautelari del giudice.

⁵⁶E' sufficiente pensare che nel settore delle telecomunicazioni il processo di liberalizzazione abbia avuto esiti incerti e si è dovuto aspettare il 2001 perché fosse emanato il primo regolamento relativo alla risoluzione delle controversie tra imprese erogatrici di servizi di telecomunicazioni e il 2002 per l'emanazione del regolamento relativo alla controversie tra utenti ed operatori

3. Il Regolamento di risoluzione delle controversie adottato con la delibera 173/07/CONS

Secondo disposizioni di legge l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è titolare della potestà di dirimere le controversie tra operatori telefonici ed utenti finali. In particolare all'art. 1 Regolamento si legge che "Ai sensi dell'articolo 1, commi 11 e 12, della Legge⁵⁷, sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi."

L'utente, nei casi in cui non riesca a risolvere il problema insorto nel rapporto con l'operatore telefonico, al fine di tutelare i propri interessi, può decidere di avviare una vera e propria controversia. In particolare, dovrà riferirsi ai regolamenti contenenti procedure *ad hoc*, predisposti dall'Autorità.

Il 24 giugno 2007 è entrato in vigore il nuovo regolamento per la soluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, contenuto nella delibera 173/07/CONS⁵⁸ che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha approvato il 19 aprile 2007. Tale regolamento è stato adottato per rispondere alla necessità di adeguamento al quadro normativo di riferimento.

E' stato successivamente modificato con le delibere 95/08/CONS e 502/08/CONS ed infine con delibera 479/09/CONS. Il testo così approvato e modificato è andato a sostituire il regolamento precedentemente in vigore approvato con la delibera 182/02/CONS e già modificato nel 2006 con delibera 137/06/CONS, cui si prevedeva che l'esperimento del tentativo di conciliazione avvenisse innanzi ai Co.Re.Com. firmatari della convenzione con l'Autorità per l'esercizio delle funzione da questa delegate. Il nuovo testo si distingue dal precedente innanzitutto per l'adeguamento al nuovo quadro normativo, a seguito del pacchetto comunitario del 2009, con l'espresso riferimento alle comunicazioni elettroniche ed il recepimento

⁵⁷ Legge 249/1997

⁵⁸ Per un commento alla delibera 173/07/CONS si veda M. ATELLI, in *Obbligazioni e contratti*, 2007

della nuova disciplina del procedimento amministrativo. Tuttavia il sistema di tutela che emerge dal quadro normativo-regolamentare in vigore non è modificato in modo determinante, rimane infatti sostanzialmente lo stesso di quello della delibera Agcom n. 182/02/CONS. Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento "Sono escluse dall'applicazione del presente Regolamento le controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime. In ogni caso, l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 3 per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli articoli 641 c.p.c. e ss.". Chiaramente la motivazione di tale previsione è da rinvenirsi nella volontà di evitare un massiccio ricorso ai Co.Re.Com. sì da evitarne un "sovraffollamento" e un possibile cattivo funzionamento.

Obiettivo di fondo è l'intenzione di voler semplificare e velocizzare la procedura. Con il nuovo regolamento è stato confermato l'ambito di applicazione dei rimedi in questione: si fa riferimento come accennato all'art. 1, comma 11 e 12 L. 249/97, escludendo le controversie promosse ai sensi degli artt. 37, 139 e 140 del codice del consumo, dalle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, nonché dalle associazioni dei professionisti e dalle Camere di Commercio (per quanto attiene alle azioni inibitorie riguardo alle clausole vessatorie -art.2 comma 3 regolamento) riguardo ad azioni inibitorie.

Altra importante innovazione apportata con la delibera 173 (art. 13) è la previsione relativa al tentativo di conciliazione di legittimare organismi diversi dai Co.Re.Com.; infatti gli utenti possono rivolgersi a commissioni paritetiche costituite tra operatori e associazioni di Consumatori rappresentative a livello nazionale, nonché a tutti gli organismi previsti dal Codice del Consumo (art. 141, commi 2 e 3, D.lgs 206/2005). In questo modo sono stati superati i dubbi interpretativi circa la corretta individuazione degli organismi legittimati presso cui era possibile esperire il tentativo di conciliazione.

Rientrano nel novero di organismi differenti dai Co.Re.Com. anche gli uffici delle Camere di Commercio territorialmente competenti. Precisamente tali organismi

possono essere suddivisi in due categorie: a) gli organi di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo, di cui all'art. 141 appena citato; b) gli organismi istituiti con accordi tra operatori e Associazioni di consumatori che siano rappresentative a livello nazionale e siano ottemperanti ai principi di cui alla raccomandazione 2001/310/CE.

E' opportuno sottolineare il riferimento ai rimedi in caso di inerzia dell'Amministrazione, e quindi alla possibilità, per il settore che qui rileva, di adire il giudice una volta decorso il termine di trenta giorni per l'esperimento del tentativo conciliativo. Decisamente di primo rilievo è l'intervento con cui si chiarisce la natura del termine di 30 giorni –perentoria o ordinatoria- per l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione. Il mancato rispetto di detti 30 giorni non determina l'impossibilità in capo alle parti interessate di proporre ricorso giurisdizionale anche ove la procedura non sia stata conclusa⁵⁹. Si è chiarito quindi come l'infruttuoso decorso di tale termine non pregiudica la possibilità in capo alle parti di ricorrere all'Autorità giudiziaria laddove la procedura conciliativa non sia conclusa (art. 3, comma 3 del Regolamento). Pertanto non venendosi a determinare alcun effetto decadenziale è possibile l'ipotesi in cui, anche se adita l'Autorità giudiziaria, la procedura continui il suo corso.

⁵⁹ “*Facendo chiarezza su tale aspetto controverso, si è individuata quale conseguenza per il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione l'improcedibilità dell'azione giudiziale (art. 2, comma 2), a dispetto della più penalizzante improponibilità. In effetti, sul punto la legislazione non è univoca, in quanto mentre la L. 249 / 97 sancisce che " non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale se non previo esperimento del tentativo di conciliazione, la l. 481/95 invece prevede espressamente improcedibilità del ricorso, conseguenza sicuramente più favorevole per la parte ricorrente, in quanto, una volta proposto ricorso in assenza del tentativo, il giudice dovrebbe solo interrompere il procedimento in attesa dell'esperimento della conciliazione, per poi riassumerlo in caso di esito negativo. In tal caso anche la sentenza del Giudice di pace di Civitanova Marche n. 142 del 26 giugno 2008, che, di fronte ad un'eccezione improponibilità dell'azione per mancato esperimento del tentativo conciliativo, ha offerto un'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 1 comma 11 della legge n. 249/1997, rilevando che la norma può superare il sospetto di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 e 25 della Costituzione soltanto se si interpreta nel senso di prevedere il tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di mera procedibilità dell'azione giudiziale.*” In questo modo si esprime E.M.COTUGNO, *op cit.*

Sempre in riferimento ad aspetti temporali e di celerità il regolamento ha previsto altresì che la procedura di conciliazione debba iniziare entro i sette giorni lavorativi successivi alla ricezione delle parti della comunicazione dell'avviso della loro convocazione innanzi al responsabile del procedimento.

Alcuni aspetti problematici sembra tuttavia che vi siano circa l'effettivo termine delle procedure nel termine previsto dalla disciplina. Primo di tutti è la concretezza di tali previsioni; alla luce del rapporto costante tra il personale e la mole di lavoro (che progressivamente aumenta nel tempo) sembra difficile che tutti i Co.Re.Com. e di tutti gli organismi legittimati rispettino i termini procedurali previsti.

Concludendo è necessario far riferimento ad un ulteriore intervento a livello locale. Si è proceduto ad un aumento dei poteri dei Co.Re.Com. a mezzo di nuove deleghe a loro favore: è stato attribuito il potere di adottare provvedimenti temporanei di sospensione del servizio nell'ambito delle procedure conciliative (art. 5). Tale previsione era di competenza esclusiva del Dipartimento per il contenzioso in seno all'Autorità, il quale poteva adottare provvedimenti temporanei di sospensione del servizio. Nella nuova previsione, nel caso in cui il Co.Re.Com. territorialmente competente non rientri tra quelli che hanno ottenuto la delega a svolgere la funzione conciliativa, l'adozione di detti provvedimenti temporanei va richiesta all'Ufficio competente presso l'Agcom.

In questo modo si ricava, a contrario, l'ambito in cui l'operatore può sospendere il servizio; si tratta di casi eccezionali e gravi, ossia in caso di ripetuto ritardo nei pagamenti e inadempimento dell'utente moroso.

Nei casi in cui il Co.Re.Com. competente adotti un provvedimento di sospensione del servizio, tale sospensione ha una durata circoscritta al tempo della procedura conciliativa. Da qui ne consegue che l'utente contestualmente all'istanza per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e intenzionato ad ottenere il provvedimento di sospensione, avvii la relativa procedura con il Co.Re.Com. competente per la conciliazione. In questo caso si incorre nel rischio di non ottenere alcun risultato poiché ben può accadere che la controversia non sia stata composta a causa della volontà contraria dell'operatore telefonico. In tale ipotesi qualora l'utente voglia definire la controversia innanzi all'Autorità, dovrà rinnovare l'istanza per

ottenere il provvedimento negato in fase conciliativa (così l'art. 21 della Del. 173/07/CONS); ovvero procedere in via giurisdizionale, determinandosi un aumento esorbitante delle spese e dei tempi, aspetti di fondamentale importanza per i fruitori di tali procedure.

Alla luce di quanto detto sin ora emergono due dati inconfutabili. Il primo è che è necessaria un'innovazione continua delle disposizioni in materia di risoluzione delle controversie che risulti essere al passo con le innovazioni tecnologiche e risponda alle nuove esigenze che di volta in volta i casi pratici mettono in evidenza. Il secondo, è che allo stesso tempo può risultare causa ed effetto del primo, è la crescita esponenziale delle controversie deferite all'Agcom e una tutela sempre più oculata e rivolta al consumatore. Non può negarsi l'importanza di tali aspetti e di come attraverso tale procedura hanno trovato tutela situazioni giuridiche che altrimenti - stante il valore modesto delle stesse, rapportato ai costi e ed alla durata dei processi civili - non ne avrebbero trovata alcuna nel nostro sistema giuridico.

3.1 La procedura (in sintesi)

La legge istitutiva dell'Autorità attribuisce alla stessa, come accennato, il potere di definire le controversie insorte tra operatori e tra operatori ed utenti. Potere che è stato definito "para giurisdizionale" ossia il potere dell'Autorità di procedere ad una risoluzione delle controversie attraverso strumenti non giurisdizionali⁶⁰.

⁶⁰Tali autorità, agiscono come organi di risoluzione di conflitti, vd. S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE E C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996. Sul tema della risoluzione extragiurisdizionale delle controversie e sui relativi poteri attribuiti all'Agcom si veda tra i molti S. CADEDDU., *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2001; M.P. CHITL., *Le procedure giurisdizionali speciali*, op.cit.; G. DELLA CANANEA., *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001; G. VERDE *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Dir. Proc. Amm., 1998; STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive*

Obiettivo di fondo della procedura che si esporrà di seguito è prevedere degli strumenti di facile accesso e rapidi per la risoluzione delle controversie tra operatori ed utenti finali.

Con la delibera n. 173/07/CONS, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha adottato il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra organismi di telecomunicazioni ed utenti. Le controversie riguardanti gli utenti ed operatori sono disciplinate anche all'art. 84 del D. Lgs 259/03, il quale richiama l'art. 1, comma XI, XII, XIII della L. 249/97. Precisamente l'art. 84 è rubricato "Risoluzione extragiudiziale delle controversie" e prevede che, "L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, c. XI, XII e XIII della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali", "tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione".

Inoltre il richiamo all'art. 1, c. XI, XII, XIII della L. n. 249/97 operato dal c. I dell'art. 84 del Codice delle comunicazioni, tiene fermo il requisito dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie fra operatori ed utenti.

Obiettivo principale di questa procedura è quello di tutelare adeguatamente i diritti degli utenti. Deve altresì considerarsi la delibera 179/03/CSP, che disciplina la qualità e le carte dei servizi in materia di telecomunicazioni, in base a quanto previsto dalla L. 249/97, all'art.1, comma 6, lett. b), numero 2, e sottolinea l'importanza affinché gli utenti abbiano un'informazione completa e trasparente riguardo le proprie condizioni contrattuali. Sempre per quanto attiene alle condizioni contrattuali, considerando la crescente convergenza, è stata emanata la delibera 664/06/CONS relativa alla conclusione dei contratti a distanza in materia di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica.

La procedura in oggetto si articola in due fasi, la prima, relativa all'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, delegata ai Co.Re.Com., e la seconda, eventuale, di definizione della controversia con provvedimento dell'Autorità; tuttavia

di misurazione statistica, Riv. it. Dir. Pubbl. com., 2003; R. PEREZ (a cura di) *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano 2004.

con riferimento alla seconda fase è opportuno fare una precisazione: a partire dall'ottobre del 2009 è stato avviato un processo di decentramento regionale anche per tale attività e ad oggi i Co.Re.Com. delegati anche alla definizione delle controversie risultano essere nove.

Di seguito uno schema esemplificativo relativo al procedimento di definizione della controversia ai sensi degli artt. 14-21 della Delibera 173/07/CONS come modificata dalla Delibera 479/97/CONS

La procedura di conciliazione inizia con la richiesta di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, che deve essere fatta da utenti⁶¹, singoli o associati, ovvero da organismi di telecomunicazioni⁶². Sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi. Non rientrano in tale competenza quelle controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime, e le liti promosse ai sensi degli articoli 37, 139 e 140 del Codice del consumo.

L'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi al Co.Re.Com. competente per territorio⁶³ e munito di delega a svolgere funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli altri organi di risoluzione extragiudiziale delle controversie ai sensi dell'art. 13 allegato A delibera 173/07/CONS, costituisce condizione di

⁶¹La delibera 173/07/CONS intende per utenti *“le persone fisiche o giuridiche che utilizzano o chiedono di utilizzare servizi di telecomunicazioni elettronica accessibile al pubblico”*.

⁶²Cioè, *“ un ente pubblico o privato, ivi comprese le consociate da esso controllate, al quale sono riconosciuti diritti per l'installazione e la fornitura di reti pubbliche di telecomunicazioni nonché, se del caso, per la fornitura di servizi pubblici di telecomunicazioni, ivi compreso qualunque servizio interattivo anche se relativo a prodotti audiovisivi, esclusa la diffusione circolare di programmi radiofonici e televisivi”*.

⁶³Al fine della determinazione del Co.Re.Com. competente territorialmente ad esperire il tentativo di conciliazione bisogna riferirsi al luogo in cui è ubicata l'utenza telefonica, nel caso di controversie relative a reti telefoniche fisse. Si ricorda che la procedura è totalmente gratuita e si conclude di norma entro 30 giorni dal ricevimento della domanda.

procedibilità per esperire il ricorso in sede giurisdizionale. Come già detto rappresenta un'importante novità la facoltà per gli utenti di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino a titolo gratuito e rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE. Altra novità introdotta dal nuovo regolamento per quanto attiene la conciliazione presso altri organismi di conciliazione è la possibilità di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione in via telematica, dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, previsti dall'art. 141, comma 2 e 3, del Codice del consumo.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 3, dopo la scadenza del termine di trenta giorni decorsi dalla data di proposizione dell'istanza, "le parti possono proporre ricorso giurisdizionale anche ove la procedura non sia stata conclusa".

In caso di disservizi, l'utente ha la facoltà di chiedere l'adozione di provvedimenti temporanei⁶⁴ volti a garantire l'erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'organismo di telecomunicazioni fino al termine della procedura conciliativa. Importante è sottolineare il caso in cui la sospensione o l'abuso dipendano dal comportamento di un soggetto diverso da quello citato nell'istanza; in tal caso su impulso dell'utente, il procedimento viene esteso nei confronti dell'operatore responsabile. La particolarità di questi provvedimenti – assimilabili alle misure cautelari emesse dal giudice – è che sono richiedibili sia contestualmente alla proposizione dell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, sia nel corso della stessa. Questa previsione se da un lato può determinare un aggravio di spesa e un prolungamento dei tempi (come detto), dall'altro non vincola il consumatore a richiedere tali provvedimenti esclusivamente al momento iniziale della procedura in modo tale da poter trovare tutela anche nei

⁶⁴Questa tipologia di provvedimenti rinviene la sua fonte originaria nella norma contenuta nell'art. 2, comma XX, lett. e), della legge n. 481/1995 - secondo la quale ciascuna Autorità "può adottare, nell'ambito della procedura di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio" – che poi ha trovato compiuta esplicazione all'art. 5 del Regolamento.

casi in cui eventuali disservizi si manifestino dopo l'inizio della conciliazione. La sospensione del servizio può essere adottata solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento e, comunque, la sospensione relativa al servizio universale di telecomunicazioni non può essere adottata se non per gravi motivi, quali i casi di frode o d'insolvenza abituale.

A questo punto inizia la procedura di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com.⁶⁵ competente o, in alternativa dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla raccomandazione della Commissione 2001/310/CE⁶⁶.

Nell'istanza presentata al Co.Re.Com. devono essere indicati, a pena d'inammissibilità, nome, cognome e residenza o domicilio dell'utente, il numero dell'utenza telefonica, la denominazione e la sede dell'organismo di

⁶⁵ Ai Co. re. com., è stata attribuita una nuova funzione dal regolamento 173/07/CONS: la definizione delle controversie, ad esclusione di quelle di cui all'art. 15, comma 5 (previa conforme integrazione dell'Accordo-quadro sottoscritto il 25 giugno 2003 dall'Autorità, dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province autonome, e conseguente modifica delle convenzioni stipulate da ciascun Comitato per l'esercizio delle funzioni delegate). A tal fine, nell'ambito della propria organizzazione interna, dovrà garantire la separazione tra la funzione di conciliazione e quella di definizione della controversia e, nell'ambito di questa, tra competenze istruttorie e decisorie. Ciascuna delle parti può chiedere di definire la controversia ove il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo o per i punti ancora controversi nel caso di soluzione parziale.

⁶⁶ In questo caso non potrebbe esservi una antinomia tra due disposizioni della stessa legge? Perché all'art. 3 colui che lamenta una violazione di una posizione giuridica soggettiva è tenuto "a promuovere preventivamente un tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio". Ed in vece l'art. 13 dice che "Gli utenti hanno la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Corecom un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla raccomandazione della Commissione 2001/310/CE. Perché non è stato redatto un solo articolo con entrambe le previsioni? Perché in una disposizione si parla solo di tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom e poi nove articoli dopo si dice che è possibile esperire la stessa procedura conciliativa" in alternativa "a quella predisposta dai comitati regionali, "dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie" purché in ottemperanza ai principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE.

telecomunicazioni. Devono inoltre essere indicati in modo sintetico i fatti che sono all'origine della controversia tra le parti e comunicati i precedenti tentativi di composizione della controversia. Una volta che si è verificata l'ammissibilità della domanda, il Co.Re.Com. comunica alle parti l'avviso di convocazione per l'esperimento del tentativo di conciliazione. La parte che non ha proposto l'istanza, entro cinque giorni dalla data dell'udienza ha l'onere di comunicare al Co.Re.Com. la propria volontà di partecipare alla procedura conciliativa. In caso di silenzio il responsabile del procedimento redige un verbale con il quale dà atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione, trasmettendolo tempestivamente alla parte istante.

In caso di inammissibilità dell'istanza, entro dieci giorni dalla presentazione della stessa, il Comitato dichiara con atto motivato, l'improcedibilità del tentativo di conciliazione, dandone comunicazione all'istante.

Con l'intervento dei Co.Re.Com. si separa la fase conciliativa, ossia il tentativo di riavvicinamento delle parti, da quella contenziosa, ossia quella che si svolge (tipicamente) presso l'Autorità (oggi anche presso alcuni Comitati delegati) e che si conclude con un provvedimento vincolante per le parti.

Il successivo stadio della procedura consiste nella comparizione in udienza di conciliazione delle parti, personalmente o a mezzo rappresentante, ferma restando la possibilità di farsi assistere da avvocati. In questa fase viene attuato il principio del contraddittorio. Per motivi di speditezza la procedura solitamente si svolge nel corso di una sola udienza di conciliazione ma è possibile fissare un'ulteriore udienza. Durante lo svolgimento dell'udienza è data facoltà alle parti di abbandonare la conciliazione, richiedendo al responsabile del procedimento di procedere secondo quanto previsto in caso di mancato raggiungimento di un accordo. Alla fine dell'udienza di conciliazione viene redatto un verbale. Se la conciliazione ha avuto esito positivo si avrà un verbale di conciliazione che costituisce titolo esecutivo.

Nell'ipotesi in cui una o entrambe le parti non si presentano in udienza a causa di giustificati motivi prontamente comunicati, il responsabile del procedimento fissa una nuova udienza per la prima data disponibile, dandone comunicazioni alle parti.

In caso di esito negativo o nel caso in cui si sia giunti ad una soluzione parziale e quindi vi sono alcuni punti ancora controversi le parti, o anche solo una di esse, possono chiedere all'Autorità di definire la controversia o, in alternativa, fare ricorso all'autorità giudiziaria.

L'art. 18 del d. P. R. 318/1997, disponeva che: " L'Autorità stabilisce procedure di conciliazione facilmente accessibili e poco onerose per un'equa, tempestiva e trasparente composizione delle controversie tra utenti ed organismi di telecomunicazioni e fra organismi di telecomunicazioni tra di loro. In caso di mancato accordo l'Autorità definisce il contenzioso mediante un atto vincolante tra le parti".

La richiesta di definizione della controversia da parte dell'Autorità non può essere accettata nel caso in cui sia stata adita l'autorità giudiziaria, per la soluzione della medesima controversia⁶⁷, ovvero nel caso in cui siano decorsi più di sei mesi dalla data di conclusione del tentativo di conciliazione. In questa fase è come se si ripettesse la procedura svolta presso gli organismi di "prima" conciliazione. Verificata l'ammissibilità dell'istanza, entro dieci giorni il responsabile del procedimento fissa l'udienza per la discussione della controversia e notifica alle parti l'invito a comparire⁶⁸. La controversia viene definita entro il termine massimo di centocinquanta giorni decorrenti dalla data di deposito dell'istanza.

Durante la fase istruttoria, in caso di necessità, viene assicurata la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati attraverso la convocazione in udienza. Nel caso in cui il responsabile del procedimento disponga l'acquisizione di documenti, perizie o altri elementi conoscitivi, nel termine per la definizione della controversia è sospeso per il tempo necessario alla relativa acquisizione, comunque non superiore a sessanta giorni.

⁶⁷ Per medesima controversia si ritiene una lite intercorrente tra le stesse parti e che verta sullo stesso oggetto.

⁶⁸ Tale avviso dovrà pervenire alla parte almeno quindici giorni prima dell'udienza.

Conclusasi l'attività di difesa delle parti e l'attività istruttoria, il Direttore trasmette all'organo collegiale⁶⁹ la relazione redatta dal responsabile del procedimento e una proposta di decisione.

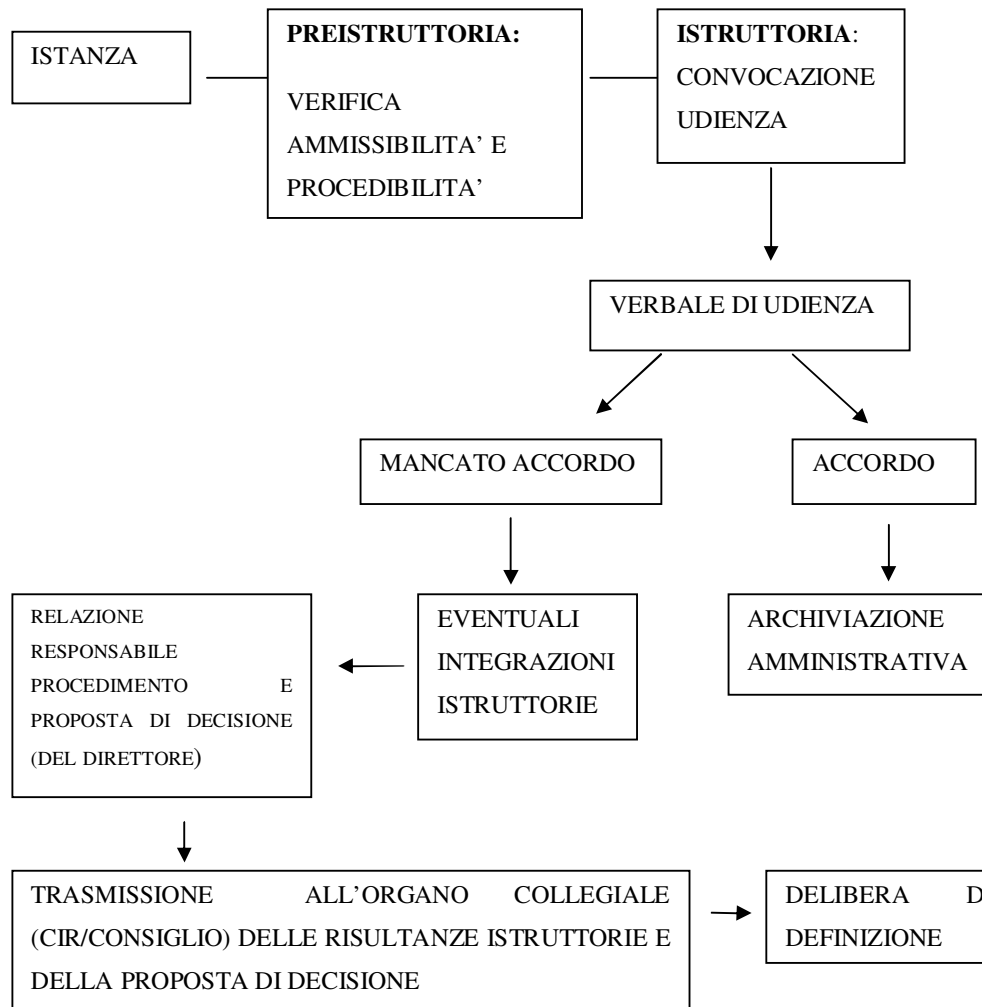
L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Diverso è il caso in cui nel corso del procedimento la parte che aveva richiesto l'intervento dell'Autorità rinuncia alla propria istanza, procedendo all'archiviazione del procedimento da parte del Direttore. In questo caso⁷⁰, le spese di procedura restano a carico delle parti che le hanno sostenute.

Queste previsioni non intaccano la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno. Il provvedimento con cui si definisce la controversie è prontamente comunicato alle parti e pubblicato nel Bollettino ufficiale e sul sito internet dell'Autorità.

Di seguito uno schema esemplificativo della procedura.

⁶⁹ La definizione delle controversie di modesta entità (di valore non eccedente i 500,00 euro) è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale

⁷⁰ Si ha altresì archiviazione nelle ipotesi di inammissibilità ed improcedibilità dell'istanza.



3.2 I soggetti legittimati. La definizione di “utente” secondo il codice del consumo e quello delle comunicazioni elettroniche.

Una delle caratteristiche del settore delle comunicazioni elettroniche è la sua trasversalità. Nel campo delle comunicazioni elettroniche è possibile confondere la figura del "consumatore" con quella, più generica di “utente”.

Con riferimento all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si parla spesso di tutela del consumatore e di tutela dell’utente. Il punto è capire se esiste una differenza tra i due termini, in caso positivo in che consiste, se in una mera

denominazione o al di là del nome vi è una differenza sostanziale e come tale ambito rileva ai fini della materia oggetto di trattazione.

Secondo quanto previsto dal D.Lgs. 259/2003, all'art. 1, comma 1, lett. j) si legge che il consumatore è “la persona fisica che utilizza un servizio di comunicazioni elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale o professionale svolta”. Una simile definizione tuttavia esclude dal proprio novero le persone giuridiche, ossia quegli enti che non hanno quindi una finalità non personale.

Lo stesso decreto fornisce all'art. 1, comma 1, lett. pp) la definizione di “utente” come “la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico”.

Da quanto sin qui esposto si coglie immediatamente la differente portata delle due definizioni, la seconda decisamente più ampia della prima. Tuttavia è opportuno procedere ad un'ulteriore precisazione e fornire la definizione di “utente finale” ossia di “un utente che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico”.

Per quanto in questa sede specificamente rileva, relativamente alla risoluzione delle controversie con un operatore telefonico, si considera la figura dell'utente in prima istanza (mediante la composizione della singola lite) per poi indirettamente giungere alla tutela del consumatore nel complesso (mediante l'efficacia deterrente connessa all'attività di *rulemaking* dell'Autorità).

Pertanto in riferimento all'attività posta in essere dall'Agcom non si cade in errore parlando sia di tutela dell'utente sia di tutela del consumatore, semplicemente è opportuno avere ben chiara la differenza tra i due concetti sì da poter diversificare di volta in volta il beneficiario della tutela.

La diversa terminologia non sembra determinare particolari problemi neppure in riferimento alle Associazioni di consumatori, le quali hanno come obiettivo quello di fornire assistenza relativamente a problemi collegati al consumo, che possono ben incontrarsi anche nel settore delle comunicazioni. Pertanto non pare venire meno l'obiettivo cui tendono tali Associazioni cioè di offrire consulenza e una prima

assistenza sia ai consumatori sia agli utenti circa i loro diritti e le forme di tutela di cui possono godere.

Al riguardo non pare che tale dicotomia terminologica rappresenti un problema a livello istituzionale; infatti presso l'Autorità è stata istituita la Direzione tutela dei consumatori e presso il Ministero dello sviluppo economico è stato istituito il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU).

3.2.1 La definizione tra “utente” e “cliente-consumatore”.

Sebbene come già accennato è prassi accostare ed usare come sinonimi la posizione dell'utente (di servizi pubblici) a quella del consumatore di servizi o beni, è opportuno fare delle brevi considerazioni.

Perché possa operarsi tale assimilazione, si dovrebbe verificare una particolare situazione alla base di tale dicotomia: ci dovrebbe essere quella che gli economisti definiscono come alternativa di un paniere di offerte (in capo all'utente di servizi pubblici), alternativa che di fatto non vi è. Infatti non è da sottovalutare il fatto che solo l'utente che dispone di mezzi economici-finanziari di un certo livello può soddisfare i propri bisogni con mezzi alternativi al servizio pubblico.

Qualora fosse possibile realizzare una nuova identità di posizione “utente-cliente”, questa renderebbe possibile un avvicinamento dell'utente allo *status* (diverso) del consumatore. Da un simile accostamento si renderebbe possibile un'estensione dei mezzi di tutela predisposti per il consumatore anche all'utente di un pubblico servizio.

Nei confronti dell'utente di servizi pubblici è possibile distinguere tra mezzi di *tutela diretta*, e mezzi di *tutela indiretta*. Tra i primi si configura l'azione giudiziaria di contratto⁷¹ e quella relativa all'impugnazione delle tariffe⁷²; tra i secondi spiccano il

⁷¹ Per la dottrina e la giurisprudenza, i mezzi principali di tutela che spettano all'utente sono quelli *ex contractu*: il presupposto teorico di ciò è che anche nel rapporto giuridico che ha per oggetto l'erogazione di un servizio vi è un vincolo sinallagmatico tra la prestazione del servizio contro la tariffa-corrispettivo. Tale presupposto teorico non tiene nel dovuto conto due elementi: il primo, che la determinazione del corrispettivo è quasi sempre stabilita dal soggetto erogatore; il secondo, è che

l'utente neppure nella quantità e qualità della prestazione può intervenire. Perciò si spiega perché lo strumento *giusprivatistico* dei mezzi di tutela tipici della disciplina *ex contracto* non è del tutto incongruente quando viene applicata al settore dei pubblici servizi: il ricorso ai mezzi di tutela tipici del contratto di diritto privato sembra rispondere ad una naturale "occupazione" del territorio più vicino. La trasposizione nel campo del settore privato dà luogo ad inconvenienti, individuabili in primo luogo nel fatto che l'utente non può essere del tutto assimilato alla parte debole dei contratti generali, dovendosi considerare che per l'utente l'unico modo di soddisfare i propri bisogni è, solitamente, quello di utilizzare il servizio pubblico mentre, nel contratto a clausole generali, la parte del contraente "debole" ha di norma altre alternative, soprattutto nella scelta dell'altro contraente. Per queste ragioni, a fronte dell'orientamento dottrinale che prevede in capo all'utente un rafforzamento della tutela di origine privatistica, va prendendo corpo un'altra teoria che auspica l'approntamento di mezzi di tutela di natura *giuspublicistica*, come unica via per attribuire protezione alle posizioni soggettive degli utenti, con l'ovvia conseguenza che deve essere riconosciuta la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo l'utente titolare solo di situazioni di interesse legittimo, sia pure con diverso spessore di contenuto e di effettività di tutela. Entrambe le costruzioni non sembrano tenere, però, nel dovuto conto quel meno recente orientamento dottrinale che sottolineava come sul piano degli istituti giuridici fosse visibile più che altrove il fenomeno autorevolmente rilevato dal Giannini "della convergenza progressiva del diritto privato e del diritto amministrativo verso il ritorno ad un *sistema di diritto unitario*": orientamento che, specie nel settore dei servizi, meritava certamente, e tuttora merita, di essere tenuto in grande considerazione per i risultati che da esso si possono trarre. L'azione giudiziaria obbedisce a sua volta ad una concezione sostanzialmente statica e antiquata della giustizia, ed è tutta inadeguata a risolvere il contenzioso. I limiti insiti in essa sono evidenti, e risentono tutti dei noti "mali" che affliggono il nostro sistema giurisdizionale, tra cui la lentezza delle procedure, l'obiettivo difficoltà di dimostrazione e di quantificazione del danno subito dal disservizio, la sommarietà nella trattazione della causa. In questo contesto è facile comprendere come gli utenti non possano che ritenere del tutto insufficiente la possibilità di accesso all'azione giudiziaria da contratto quale unico strumento di tutela nei confronti dell'amministrazione che presta il servizio. A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, cit., pp. 141-145 ss.

⁷² Riguardo quest'azione, scarsamente efficace, l'utente può far valere innanzi alla giurisdizione amministrativa il suo interesse legittimo a non subire aumenti ingiustificati dalla tariffa non previsti dalla legge. L'azione si configura, infatti, come "suppletiva" o "accompagnatoria" della tutela indiretta esercitata dalla disciplina tariffaria, in cui peraltro il ruolo dell'utente pare relegato ad un ruolo di secondaria importanza, nonostante l'esigenza che l'utente sia messo in grado di conoscere e, per quanto possibile, intervenire, durante il procedimento di fissazione della tariffa, in modo da prevenire *ex ante* l'eventuale lesione.

coinvolgimento nell'azione della pubblica amministrazione, con la partecipazione al procedimento amministrativo⁷³.

Nell'ordinamento italiano, pochi e tardivi sono stati i mezzi a tutela del consumatore; un primo intervento in materia di tutela dei consumatori si è avuta con la legge 30 luglio 1998, n. 281, relativa alla "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti". Questi hanno subito una notevole evoluzione grazie alle previsioni avutesi a livello comunitario.

⁷³ Si coglie l'occasione per richiamare un saggio pubblicato nel 2007. Cfr. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2007, dove "l'amministrazione fa entrare il privato nel suo processo di decisione", rinunciando all'esclusività dei suoi poteri. Secondo l'autore, la richiesta di partecipazione proveniente dalla Pubblica Amministrazione e rivolta nei confronti del privato, trova tre tipi di motivazioni: (i) consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte; (ii) permettere al privato di far valere i suoi diritti fin dalla fase preparatoria della decisione, oltre che nell'eventuale giudizio che sorga a seguito di un ricorso successivo; (iii) assicurare il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale. L'Autore ricorda che le tre motivazioni suindicate, modellano un approccio diverso fra le parti: "nel primo caso, la partecipazione del privato ausilia la pubblica amministrazione, è al servizio di essa. Nel secondo caso, la partecipazione serve a difendere il privato nei confronti della pubblica amministrazione; quindi, essa emula una procedura giudiziaria. Nel terzo caso, la partecipazione consente alla società civile di esprimere la propria opinione nel processo di decisione collettivo; quindi, essa imita una procedura legislativa, quella dell'audizione parlamentare". La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche ha una duplice valenza: verticale e orizzontale. Essa consente di definire l'equilibrio che si stabilisce tra Stato e cittadino. Inoltre, secondo l'Autore, la partecipazione si colloca sul crinale tra i tre principi che reggono i poteri pubblici: (i) autorità (su cui si fonda il potere esecutivo); (ii) giustizia (assicurato dalle Corti); (iii) democrazia (a cui provvedono le assemblee rappresentative). Subito dopo, però, l'Autore rileva come l'equilibrio tra i tre principi è molto precario, nella misura in cui uno di essi viene eccessivamente sottolineato e garantito a discapito degli altri. Secondo l'Autore, il modo migliore per studiare il problema è quello comparativo: "questo problema, infatti, si presenta in modi differenti nei diversi ordini giuridici, nazionali e ultrastatali, perché coinvolge due dei principali aspetti della costituzione, quello del rapporto società civile-Stato e quello dell'equilibrio tra i poteri, esecutivo, giudiziario e legislativo, e perché riguarda un aspetto essenziale del rapporto tra cittadino e Stato, quello in cui il secondo si apre al primo e lo fa entrare nel processo di decisione pubblica. Ambedue cambiano a seconda dei diversi contesti nazionali e sopranazionali".

Dal confronto tra la legislazione nazionale e la disciplina comunitaria si evince un'ampiezza del concetto di *consumatore*: se in sede comunitaria il consumatore è quella persona fisica che acquista un prodotto o fruisce di un servizio, a livello nazionale (D.P.C.M. 27 gennaio 1994) il consumatore rappresenta quella persona fisica che non deve subire distinzione alcuna nell'erogazione del servizio né tantomeno che un trattamento diverso può essere tenuto in ragione del sesso, della razza, religione od opinioni. Successivamente, la l. 481/95 -di fondamentale importanza per la tutela dei consumatori- per la prima volta utilizza frequentemente espressioni come “*consumatori*” e “*utenti*”. La l. 481/95, attribuisce, alle Autorità, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. m), il potere di valutare reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dell'ente che eroga il servizio.

Dalla casistica in tema di procedura di reclamo a tutela dell'utente, sembra emergere un modello di rapporti tra Autorità, ente gestore del servizio o dell'impresa regolata e utente-consumatore. In questo modello di rapporto, l'Autorità svolge un ruolo arbitrale in occasione di disfunzioni del servizio rispetto a *standards* qualitativi prefissati o di inadempimento contrattuale. E' di fondamentale importanza evidenziare che non si tratta di un rapporto tra soggetti posti in situazione di paritari età: l'utente, nella maggior parte dei casi, ha poca azione di scelta in ordine al soggetto erogatore del servizio e, comunque, l'ente o l'impresa regolata assume di regola la veste di contraente “forte”. Inoltre, il rapporto tra Autorità e soggetti coinvolti nel conflitto non è di assoluta neutralità; infatti, l'Autorità svolge nei confronti dell'operatore funzione di organo di vigilanza, pertanto il rapporto creatosi con l'utente o il consumatore in occasione del reclamo ha natura occasionale, al contrario di quanto avviene con riguardo alle imprese che operano nel mercato⁷⁴.

⁷⁴ M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, cit. , p. 158.

4. La procedura innanzi ai Co.Re.Com.

In data 28 aprile 1999 il Consiglio dell'Agcom ha adottato una delibera, la n. 53, il cui regolamento (allegato A) all'art. 5 n. 2 lettera d) trasferisce ai Co.Re.Com. funzioni istruttorie in materia di "controversie in tema d'interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni, di cui all'art. 1, c. VI lettera a) n. 9; controversie tra ente gestore del servizio di telecomunicazioni e utenti privati, di cui all'art. 1, c. VI lettera a) n. 10".

Successivamente, nel 2003, con la delibera n. 402, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha delegato ai Comitati regionali per le comunicazioni le funzioni indicate nell'articolo 3 dell'Accordo quadro sottoscritto il 25 giugno 2003. Tra le funzioni delegate quelle relative alle "controversie tra ente gestore del servizio di telecomunicazioni e utenti, con riferimento alla fase relativa al tentativo di conciliazione".

Con tale processo di decentramento, se da un lato si consente una maggiore incisività della procedura grazie alla presenza sul territorio e agevola il consumatore nella fase di avvio della stessa (consentendo un più facile accesso alla giustizia), dall'altro lato si determina una frammentarietà della tutela da cui potrebbero emergere diversi parametri per la gestione delle procedure da Comitato a Comitato. Per questo motivo molto importante è assicurare su tutto il territorio nazionale un'omogeneità delle decisioni attraverso un'armonizzazione delle procedure.

Con i Co.Re.Com. come detto si separa la fase conciliativa, ossia il tentativo di riavvicinamento delle parti, da quella contenziosa, ossia quella che si svolge (ad eccezione dei Comitati destinatari di altre funzioni delegate) presso l'Autorità e che si conclude con un provvedimento vincolante per le parti.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione come si evince (senza dubbi dal nuovo regolamento) rappresenta una condizione di procedibilità della domanda. Tale previsione rende legittima anche una sorta di sanatoria in caso di sua mancanza; infatti qualora le parti abbiano instaurato un processo senza ricorrervi, si sospende il

processo fornendo alla parti un termine per l'esperimento del tentativo di conciliazione. Improcedibilità e non improponibilità.

Il procedimento di conciliazione si ispira al principio di celerità; la proposizione del tentativo di conciliazione sospende i termini per presentare istanza in sede giurisdizionale sino allo scadere del termine per la conclusione del procedimento. Il termine per la conclusione del tentativo di conciliazione è di trenta giorni dalla data di proposizione dell'istanza, allo scadere dei quali le parti possono procedere in via giurisdizionale⁷⁵.

Nell'istanza presentata al Co.Re.Com. territorialmente competente⁷⁶ ovvero agli organismi di cui all'art. 13 del regolamento devono essere indicati, a pena di inammissibilità, nome, cognome, residenza o il domicilio dell'utente, il numero dell'utenza telefonica, la denominazione e la sede operatore. Devono altresì essere indicati, non a pena di inammissibilità, fatti all'origine della controversia, eventuali tentativi conciliativi già esperiti, le richieste dell'istante ed eventuali documenti da allegare, tra cui deve risultare una fotocopia della carta d'identità dell'istante.

Ove il Co.Re.Com. competente sia sfornito di deleghe il tentativo va svolto innanzi agli organismi indicati all'art. 13 del regolamento cui rinvia l'art. 3 dello stesso.

La domanda deve essere sottoscritta a pena di inammissibilità dall'utente o, in caso di persone giuridiche, dal rappresentante legale o da persona munita di procura speciale conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata.

Il Co.Re.Com. verifica poi l'ammissibilità della domanda. Nel caso in cui si ravvisi una causa di inammissibilità, entro il termine di dieci giorni dalla presentazione dell'istanza, dichiara con atto motivato l'improcedibilità del tentativo di conciliazione e ne dà comunicazione all'istante. In caso di ammissibilità dell'istanza il Co.Re.Com. comunica alle parti entro sette giorni dal ricevimento dell'istanza, l'avviso di convocazione per l'esperimento del tentativo di conciliazione (da tenersi non prima di sette giorni lavorativi dal ricevimento della predetta comunicazione).

⁷⁵ A. MACOLINO, *Le ADR nel sistema delle comunicazioni di massa: tentativo di conciliazione ed arbitrato dinanzi all'Autorità per le garanzie nella comunicazioni*, Giust. Civ., 2, 2007.

⁷⁶ L'individuazione del soggetto territorialmente competente avviene sulla scorta del luogo in cui è ubicata la postazione fissa utilizzata ovvero in caso di telefonia mobile in ordine al domicilio dell'utente indicato nel contratto sottoscritto con l'operatore.

In tale avviso (di convocazione) sono indicati: la data d'iscrizione al protocollo dell'istanza; data e luogo fissati per la conciliazione; l'oggetto della procedura; l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti; il responsabile del procedimento; la data entro la quale deve concludersi il procedimento e gli ulteriori rimedi esperibili; le modalità di comunicazione dell'adesione alla procedura e le relative conseguenze in caso di mancata comunicazione

Può accadere che la parte istante rinunci all'esperimento del tentativo conciliativo; in tale eventualità lo comunica al Co.Re.Com. almeno cinque giorni prima della data di udienza.

La parte che non ha proposto l'istanza di conciliazione deve comunicare al Co.Re.Com. nel termine di dieci giorni dal ricevimento dell'avviso di convocazione la propria volontà a riguardo, ossia se intende partecipare o meno alla procedura. Nell'ipotesi in cui non provvede a tale dichiarazione o in caso di espressa volontà di non volervi partecipare la conciliazione si conclude, con esito negativo. Il responsabile del procedimento redigerà un verbale con il quale dà atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione e lo trasmette alla parte istante.

4.1 L'udienza di conciliazione

L'udienza di conciliazione rappresenta il momento in cui le parti si incontrano per giungere, possibilmente, ad un accordo; pertanto all'udienza le parti intervengono personalmente. Queste possono farsi rappresentare da altro soggetto purché munito di procura speciale o generale e purché abbia conferito il potere di transigere e conciliare la controversia⁷⁷.

Le parti possono scegliere di farsi assistere da avvocati o altri consulenti e da associazioni di consumatori non necessariamente rappresentative a livello nazionale.

⁷⁷ Secondo quanto previsto dalla disciplina, affinché la procura sia legittima deve essere conferita con atto pubblico ovvero con scrittura privata autenticata ovvero con scrittura privata a cui è allegata fotocopia del documento di identità del rappresentante.

Per motivi di speditezza la procedura solitamente si svolge nel corso di una sola udienza di conciliazione ma, se una o entrambe le parti ne facciano richiesta motivata, è possibile fissarne una ulteriore.

L'udienza si svolge secondo il principio del contraddittorio e di riservatezza davanti al responsabile del procedimento nella veste di conciliatore⁷⁸. Il conciliatore invita le parti ad esporre i motivi e le proprie ragioni in merito alla controversia per tentare di individuare una composizione bonaria della lita sui punti sui quali le parti risultano essere in contrasto.

Importante, in un'ottica di economia ed efficienza della procedura, è la previsione dell'art. 10 del regolamento che prevede la possibilità di riunire più procedimenti pendenti che siano omogenei per l'oggetto della controversia.

Il tentativo di conciliazione si può concludere con esito positivo e con esito negativo.

Se la conciliazione si conclude con un accordo, si redige un verbale di conciliazione che viene sottoscritto dalle parti e dal responsabile del procedimento. Il verbale di conciliazione costituisce, automaticamente, titolo esecutivo (secondo quanto previsto dall'art.12 del regolamento e dall'art. 2, comma 24, lett. b), L. 481/1995).

Qualora il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo, ossia non si è raggiunto l'accordo sui punti controversi nella loro totalità o solamente su alcuni di essi, viene redatto un verbale in cui si esplicita l'avvenuto assoggettamento della lite al tentativo obbligatorio di conciliazione e il relativo esito negativo. Si deve, tuttavia, fare una precisazione relativa al caso in cui la conciliazione abbia avuto esito negativo a causa del giustificato motivo di una delle parti. In tale ipotesi, infatti il responsabile del procedimento, ottemperando alle disposizioni di cui all'art. 12 del regolamento, provvederà alla fissazione di una nuova udienza dandone tempestiva comunicazione alle parti.

A seguito della mancata conciliazione tra le parti è possibile fare ricorso all'autorità giudiziaria o, in alternativa, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Si è già accennata alla possibilità per l'utente di chiedere all'Agcom provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'organismo di telecomunicazioni.

⁷⁸ G.N. GIUDICE, *op. cit.*

4.2 I provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio previsti dal regolamento

Istintivamente ricondotti, almeno per *ratio*, ai tipici provvedimenti cautelari che si hanno in sede processuale, hanno come obiettivo quello di garantire la continuità dell'erogazione del servizio o far cessare forme di abuso o scorretto funzionamento da parte dell'operatore, fino alla conclusione del procedimento di conciliazione. Disciplinati dagli artt. 5 e 21 del regolamento, possono essere richiesti sia innanzi ai Co.Re.Com. contestualmente alla proposizione dell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione o nel corso della relativa procedura, sia contestualmente alla proposizione dell'istanza per la definizione della controversia, o nel corso della relativa procedura⁷⁹. L'operatore può disporre la sospensione del servizio solamente con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento. Dal dettato della disciplina risulta che l'operatore può procedere alla sospensione del servizio, purché ne venga dato congruo preavviso all'utente qualora si siano verificati casi di frode, ripetuti ritardi nei pagamenti o ripetuti mancati pagamenti (solo relativamente al servizio relativamente al quale il pagamento non è stato corrisposto).

La richiesta adeguatamente sottoscritta secondo quanto previsto dal regolamento e già precisato in sede di presentazione dell'istanza di conciliazione, va trasmessa all'operatore, il quale può produrre memorie e documenti nei successivi cinque giorni. Successivamente, il Co.Re.Com. o il Direttore (in caso di richiesta durante la procedura innanzi alla Direzione dell'Agcom) entro dieci giorni dalla ricezione e con atto motivato procede all'adozione del provvedimento temporaneo ovvero rigetta la richiesta dandone comunicazione alle parti. Ad ogni modo è previsto che i provvedimenti adottati, dai Comitati regionali piuttosto che dalla Direzione debbano essere attuati entro i termini indicati nello stesso provvedimento. L'art. 5, comma 9 del regolamento prevede testualmente che "I provvedimenti adottati a norma del

⁷⁹ Sull'argomento si veda M. ATELLI, *Provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio, Obbligazioni e contratti*, 2007.

presente articolo devono essere eseguiti entro il termine da essi indicato. In caso di inottemperanza il Co.re.com competente ne informa tempestivamente la Direzione. Il contravventore è punito ai sensi dell'art. 1 comma 31 della Legge". Nei casi in cui il Co.re.com competente per territorio non risulti essere titolare della delega a svolgere l'attività conciliativa di competenza dell'Autorità, l'istanza di adozione di provvedimenti temporanei, corredata della copia dell'istanza di conciliazione depositata presso gli organismi di conciliazione di cui all'art. 13, può essere presentata alla Direzione tutela dei consumatori dell'Autorità. (art. , comma 10 e art. 21 regolamento).

5. La presentazione dell'istanza all'Autorità

Con il verbale di conciliazione o di mancata conciliazione termina quella che può essere definita come prima fase di una procedura e può iniziarse un'altra innanzi all'Agcom a seguito della proposizione dell'istanza che si conclude con provvedimento vincolante per le parti. Anche in questa sede principali caratteristiche della procedura sono la sua celerità ed economicità. In caso di conciliazione con esito parziale le parti congiuntamente o solamente l'utente, posso fare richiesta all'Agcom di definire la controversia relativamente ai punti ancora non risolti.

Come sostenuto da autorevole dottrina⁸⁰ la previsione accordata all'utente di poter attivare la procedura a livello centrale presso l'Autorità è conseguenza di un voluto bilanciamento dei poteri e delle rispettive posizioni contrattuali tra utente ed operatore.

Esistono due limiti, cui si è già accennato, alla proposizione dell'istanza all'Agcom, uno di ordine temporale e l'altro di ordine sostanziale. Il primo è legato al decorso del tempo e consiste nell'impossibilità di ricorrere a tale strumento qualora siano decorsi più di sei mesi dal termine di conclusione del tentativo obbligatorio di conciliazione. L'altro limite, invece, è relativo all'alternatività che esiste tra la

⁸⁰ Sull'argomento si vedano F. BRUNO, G. NAVA, *op. cit.*; R. GIARDA *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004.

procedura *de qua* e l'autorità giudiziaria; non può essere proposta istanza all'Agcom per il medesimo oggetto e tra le stesse parti una volta adita l'autorità giudiziaria.

5.1 La procedura innanzi all'Agcom

Formalmente il procedimento di risoluzione della lite innanzi all'Agcom si ha nel momento in cui la Direzione tutela dei consumatori riceve l'istanza secondo le modalità di cui all'art. 7, ossia deve essere sottoscritta, a pena di inammissibilità, dall'utente o, per le persone giuridiche, dal rappresentante legale, ovvero da un rappresentante munito di procura speciale, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, ed è consegnata a mano contro rilascio di ricevuta ovvero inviata a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, a mezzo fax o tramite posta elettronica certificata. L'istanza deve inoltre contenere l'indicazione degli estremi del verbale di mancata conciliazione o di soluzione parziale della controversia nonché l'indirizzo e-mail o il numero di fax ove si intendono ricevere le comunicazioni inerenti al procedimento.

Il responsabile del procedimento, il direttore della Direzione tutela del consumatore (o il dirigente apicale del Co.Re.Com. in caso di definizione della controversia presso tale organismo) verificata l'ammissibilità dell'istanza ed entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della stessa comunica alle parti (a mezzo fax o per via telematica) l'avvio del procedimento che deve pervenire alle parti almeno quindici giorni prima dell'udienza. In tale avviso sono contenute le indicazioni necessarie al caso; sono indicati infatti la data di deposito dell'istanza, l'oggetto della procedura, la data e il luogo fissati per l'udienza, nei casi di cui all'articolo 16, comma 4, l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti, il responsabile del procedimento e i termini entro cui produrre memorie e documentazione, nonché per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie, ed il termine di conclusione del procedimento.

Il termine per la conclusione del procedimento è di centocinquanta giorni dalla data di deposito dell'istanza. Le parti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro quindici giorni prima dell'udienza, tali

documenti depositati sono integralmente accessibili dalle parti in causa, ad eccezione dei dati sensibili e giudiziari.

5.2 L'udienza e la decisione vincolante dell'Agcom

Il responsabile del procedimento ai fini dell'istruzione della controversia, ovvero su espressa richiesta di una delle parti, convoca le parti interessate per una udienza di discussione. Il responsabile del procedimento, sentite le parti interessate, può disporre la riunione di più procedimenti pendenti aventi ad oggetto controversie omogenee. Al termine dell'udienza procede alla redazione di un sintetico verbale

Le parti convocate compaiono personalmente ovvero, in caso di persone giuridiche, in persona del legale rappresentante. Possono tuttavia farsi rappresentare da soggetti muniti di procura generale o speciale purché idonea a conciliare o transigere la controversia, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata ovvero con scrittura privata corredata della fotocopia di un documento di identità del delegante (il rappresentato). L'udienza si svolge nel contraddittorio delle parti, queste infatti sono ammesse ad illustrare oralmente le rispettive posizioni e hanno la facoltà di farsi assistere da consulenti o rappresentanti delle associazioni di consumatori non per forza rappresentative a livello nazionale.

Qualora una parte non si presenti in udienza ovvero non esponga le proprie ragioni non si può procedere dando un significato a tali comportamenti (nel senso di accettazione di quanto sostenuto dalla controparte o come rinuncia all'istanza); si procede pertanto definendo ugualmente la controversia ma alla luce delle sole risultanze acquisite agli atti e in considerazione delle difese scritte e svolte dalle parti.

Ulteriore attività istruttoria è svolta in caso di necessità, se nel corso del procedimento si deve assicurare la partecipazione al procedimento di altri soggetti interessati; in questi casi il responsabile del procedimento provvede, se del caso, a convocarli in udienza ovvero a rivolgere loro apposite richieste istruttorie. Nei casi in

cui il responsabile del procedimento oltre a garantire la partecipazione a fini istruttori di altri soggetti, procede all'acquisizione di documenti, perizie o altri elementi conoscitivi ne è data comunicazione alle parti e il termine per la definizione della controversia è sospeso per il tempo necessario dell'attività istruttoria da esperire ma ad ogni modo non superiore a sessanta giorni. Nei casi suddetti, gli oneri economici necessari per il compimento delle perizie sono anticipati dalla parte che ne ha fatto richiesta ovvero, se disposte d'ufficio, provvisoriamente ripartiti secondo equità. La documentazione acquisita è sempre ed integralmente accessibile per le parti, a seguito della richiesta al responsabile del procedimento di prenderne visione, anche per le vie brevi.

Le parti possono nominare, dandone comunicazione all'Autorità entro cinque giorni dalla comunicazione di cui all'art. 18 comma 2, un proprio consulente tecnico, al fine di assistere a tutte le operazioni svolte dal consulente nominato dall'Autorità e presentare relazioni e documenti.

Conclusasi l'attività di difesa delle parti e l'attività istruttoria, il Direttore trasmette all'organo collegiale⁸¹, competente ad adottare il provvedimento finale (o al Comitato in caso di legittimazione a definire la controversia), la relazione redatta dal responsabile del procedimento e una proposta di decisione.

Se l'Organo collegiale ritiene necessario convocare le parti per un'udienza di discussione dinanzi a sé il termine di conclusione del procedimento è prorogato di trenta giorni.

La decisione adottata dall'Autorità, che costituisce un ordine dell'Agcom ai sensi dell'art. 98, c. 11, D.Lgs. 259/2003, deve essere prontamente comunicata alle parti e pubblicata nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità. L'Agcom, con il provvedimento che definisce la controversia, nei casi in cui riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei

⁸¹ Nel caso in cui la controversia sia di modico valore (non eccedente i 500,00 euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda) la definizione della controversia è delegata al Direttore, senza bisogno di demandarla all'organo collegiale, sempreché non abbia una straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica. In tali casi la motivazione della decisione sarà succinta e relativa all'oggetto principale della controversia.

servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità; non facendo venire meno la possibilità per le parti, prevista dallo stesso regolamento, di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno.

E' opportuno ricordare in tale sede, che ai sensi dell'art. 9 del D. Lgs. 259/2003 il provvedimento decisorio dell'Autorità può essere impugnato innanzi al TAR Lazio in sede di giurisdizione esclusiva.

E' altresì previsto all'art. 19, comma 6, che "Nel provvedimento decisorio l'Autorità, nel determinare rimborsi ed indennizzi, tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità. Quando l'operatore non partecipi all'udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi, e pur avendo reso la dichiarazione di cui all'art. 8 comma 3, vanno comunque rimborsate all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia di cui agli art. 14 e ss., le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione."

Invece, se nel corso del procedimento la parte che aveva richiesto l'intervento dell'Autorità rinuncia alla propria istanza, ovvero risulti che la richiesta dell'utente sia stata pienamente soddisfatta il Direttore dispone l'archiviazione del procedimento. Nel caso di archiviazione⁸², che comunque è comunicato alle parti, le spese di procedura restano a carico delle parti che le hanno sostenute, ad eccezione di quelle peritali che dovranno essere ripartite secondo criteri equitativi.

Riassumendo le possibili tipologie di conclusione del procedimento innanzi all'Autorità, è possibile che vi sia una decisione adottata dall'Organo collegiale, piuttosto che dal Direttore o, infine si può avere l'archiviazione del procedimento.

⁸² Si ha altresì archiviazione nelle ipotesi di inammissibilità ed improcedibilità dell'istanza.

6. La decisione della controversia presso il Co.Re.Com.

Come si è accennato nei paragrafi precedenti, a seguito di un ulteriore delega di funzioni ad alcuni Comitati regionali, è possibile che la procedura di definizione della controversia avvenga ad opera del Co.Re.Com.. Si deve da subito sottolineare come tale funzione non debba ripercuotersi a livello di organizzazione interna sulla separazione tra le funzioni di conciliazione e di definizione delle controversie e riguardo a questa seconda, tra le competenze istruttorie e decisorie.

I Co.Re.Com. delegati alla definizione delle controversie ai sensi dell'art. 22 del regolamento, a partire dal 1° gennaio 2010 sono quelli dell'Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Lombardia, Puglia, Toscana, Umbria e quello della Provincia di Trento.

La definizione delle controversie di cui al presente regolamento, ad esclusione di quelle di relative ad operatori od utenti di altri Stati dell'Unione europea, è delegata ai Co.re.com previa stipula di apposita convenzione.

Le parti possono chiedere (anche singolarmente⁸³) di definire la controversia, ove il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo o per i punti ancora controversi nel caso di soluzione parziale, al Co.re.com munito della delega e competente per territorio.

Al procedimento per la definizione della controversia ad opera del Comitato regionale si applicano, ove non espressamente derogate da apposite disposizioni del regolamento, le norme di cui al Capo III e la funzione della Direzione è svolta dalla struttura del Co.Re.Com..

Tuttavia il regolamento prevede una sorta di deroga alle previsioni appena esposte. Infatti, in caso di procedimenti riguardanti questioni di eccezionale rilevanza, su fattispecie non oggetto di precedenti pronunce da parte dell'Autorità, il Co.Re.Com., previa sospensione della procedura ai sensi dell'articolo 18, comma 2, riferisce la questione all'Autorità, trasmettendo alla Direzione la documentazione necessaria.

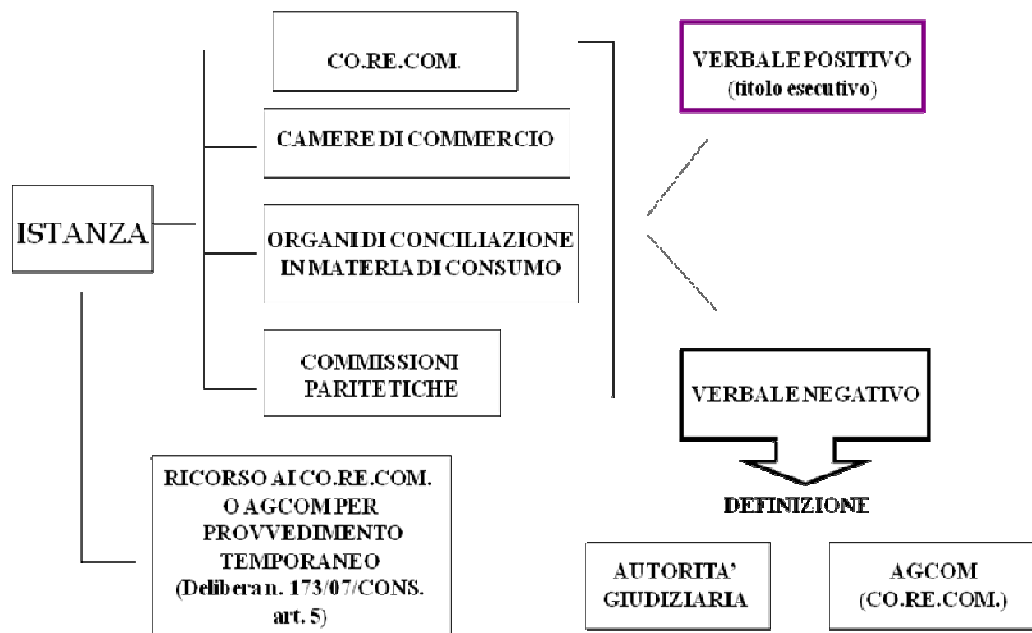
⁸³ Tale disposizione sembra essere in contrasto con la previsione dell'art. dell'art.14, commal, secondo cui sono legittimate le parti congiuntamente ovvero il solo utente e non "ciascuna delle parti" come invece previsto all'art.22, comma 3 che rileva nel caso di specie.

In tali casi, l'Autorità può emanare un atto di indirizzo che è pubblicato nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità. La mancata risposta al Co.Re.Com. entro il termine di sessanta giorni comporta l'automatica riassunzione del procedimento presso il medesimo Comitato regionale.

In conclusione, riassumendo e a titolo esemplificativo (come si vedrà anche nello schema sottostante), si può dire che è possibile tracciare ha una “divisione” della tutela: una prima fase conciliativa ed una seconda fase – eventuale – di natura contenziosa che si conclude con un atto vincolante tra le parti.

La fase conciliativa si fonda sull'esperimento del tentativo di conciliazione presso i Co. Re. Com. o presso gli altri organismi individuati ai sensi dell'art. 13 del regolamento. Tale tentativo è obbligatorio e costituisce condizione di procedibilità e sospende i termini per agire in giudizio. L'importanza del momento conciliativo si coglie soprattutto nelle controversie tra utente ed operatore, offrendo all'operatore la possibilità di recuperare il rapporto con il suo cliente.

La fase contenziosa, fino a poco tempo fa interamente gestita dall'Agcom, ha visto un'innovazione con un 'ulteriore delega di funzioni a favore di alcuni Co.Re.Com.; tale fase rappresenta un momento molto incisivo nel corso della procedura di risoluzione della lite poiché si conclude con un atto vincolante tra le parti.



7. Il regolamento degli indennizzi

Recentemente è stato approvato con apposita delibera un regolamento relativo alla disciplina degli indennizzi. In data 16 aprile 2010 l'Autorità ha approvato un primo schema di Regolamento relativo agli indennizzi applicabili ai rapporti tra utenti e operatori, sottoposto a consultazione pubblica fino al 25 giugno 2010 e che si è conclusa con l'adozione della delibera 73/11/CONS contenente il regolamento in materia di indennizzi applicabili nei rapporti tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche.

Obiettivo di tale Regolamento è quello di stabilire la misura minima unitaria per il calcolo degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra operatori e utenti finali⁸⁴.

Prima di tale “momento storico” l'individuazione degli indennizzi applicabili era devoluto agli operatori. Ne derivava in primo luogo la possibilità di porre in essere un trattamento che non rispondesse al principio di uguaglianza e, in secondo luogo, si poteva verificare un'assenza di proporzionalità tra il disservizio verificatosi e l'indennizzo per questo stabilito.

Durante il corso della consultazione sono emerse le posizioni degli operatori e degli utenti che vi hanno preso parte.

⁸⁴Il fondamento normativo per l'approvazione del regolamento trova la sua principale si rinvia a livello nazionale nell'articolo 84 del Codice, secondo cui “l'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente Capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo”; a livello comunitario nella direttiva 2002/22/CE dove si prevede che “i consumatori dovrebbero beneficiare di un livello minimo di certezza del diritto nelle loro relazioni contrattuali con il proprio fornitore diretto di servizi telefonici, garantita dal fatto che i termini del contratto, le condizioni, la qualità del servizio, le modalità di rescissione del contratto e di cessazione del servizio, le misure di indennizzo e le modalità di risoluzione delle controversie sono precisate nel contratto stesso”. Con il primo riferimento normativo si individua l'ambito di applicazione del regolamento e con il secondo un obbligo informativo in capo agli operatori.

Si è notata una certa perplessità da parte degli Operatori che hanno manifestato dubbi sull'esistenza del potere dell'Autorità di regolamentare il *quantum* degli importi da indennizzare per ciascuna tipologia di disservizio, suggerendo, invece, la previsione di semplici raccomandazioni o criteri-guida e che la quantificazione degli importi da erogare spetterebbe esclusivamente ai soggetti esercenti il servizio.

Dal canto loro gli utenti intervenuti chiedono in generale che siano aumentate le misure minime di indennizzo e di eliminare i tetti massimi.

Le disposizioni del regolamento non si applicano quando l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali (prima dell'instaurazione della controversia o, all'esito della fase conciliativa). Il regolamento in questione stabilisce i criteri per il calcolo degli indennizzi applicabili relativamente alla definizione delle controversie tra operatori e utenti finali (art. 14 del Regolamento). Tuttavia resta salva l'applicazione degli indennizzi contrattualmente stabiliti qualora siano di importi superiori a quelli di cui al presente regolamento, indipendentemente dai limiti massimi eventualmente previsti.

In questo modo l'Agcom ha provveduto ad individuare i cd. "casi giustificati" per i quali, in sede di definizione delle controversie, applicare le misure di indennizzo minimo stabilite cercando di garantire l'uniformità di trattamento e la proporzionalità in termini di adeguatezza della misura compensativa all'effettivo pregiudizio derivante dal disservizio.

In questo caso principi cardine sui quali si basano le previsioni contenute nel regolamento sono quello di equità, proporzionalità e buona fede. I primi due principi rilevano infatti nella previsione di predisporre misure di indennizzi differenziate. Si pensi ad esempio alla cd "clientela business", ossia coloro i quali stipulano il contratto per finalità professionali e agli utenti-consumatori. Non sembra potersi dubitare che per la prima tipologia di clientela i disservizi che comportano assenza del servizio arrecano pregiudizi economici superiori rispetto ad un cliente-consumatore. Di contro la buona fede rileva dal momento che non sono previste forme di indennizzi per disservizi lamentati ma derivati da un utilizzo improprio, ovvero fraudolento, del servizio. In questi casi, infatti, la responsabilità del disservizio non può che essere addebitata all'utente.

Si vuole garantire uniformità e differenziazione allo stesso tempo, volendo realizzare da un lato una uniformità di trattamento mediante un criterio minimo di calcolo e dall'altro volendo prevedere degli indennizzi in rapporto alla loro gravità.

Il Regolamento individua, sulla base delle disposizioni di cui al Capo IV del Codice delle comunicazioni elettroniche ovvero della delibera n. 179/03/CSP, alcune fattispecie di disservizio⁸⁵, quantificando i relativi importi minimi unitari per la liquidazione dell'indennizzo.

Al di là delle previsioni specifiche, si legge nel regolamento l'individuazione di automatismi, a prescindere da un'apposita richiesta da parte dell'interessato, per il riconoscimento da parte degli operatori degli indennizzi previsti dalle singole Carte dei servizi⁸⁶.

8. *L'istituzione dell'OTA.*

Secondo il ricorso alle cd. *best practices*, in Italia, l'Agcom ha siglato un importante evoluzione nel sistema della risoluzione delle controversie, mutuando quanto predisposto dalla sorella inglese Ofcom. Con lo scopo di superare controversie di carattere tecnico-operativo (relative al *local loop unbundling*- ULL) con l'ex monopolista Telecom, l'Autorità di regolazione nazionale ha previsto un sistema che si basa sugli impegni assunti da Telecom.

L'obiettivo di tale organismo è quello di ridurre in modo consistente i contenziosi in materia di accesso disaggregato (tra Telecom e gli operatori concorrenti) sulla base

⁸⁵ Si considerano le fattispecie di: omessa o ritardata attivazione del servizio, sospensione o cessazione del servizio, malfunzionamento del servizio, omessa o ritardata portabilità del numero, attivazione o disattivazione non richiesta della prestazione di *carrier selection* o *carrier pre selection*, attivazione di servizi o profili tariffari non richiesti, perdita della numerazione per causa imputabile all'operatore, omessa o errata indicazione negli elenchi telefonici pubblici, mancata o ritardata risposta ai reclami.

⁸⁶ Si tratta, in sostanza, dei casi di omessa o ritardata attivazione del servizio, sospensione o cessazione ingiustificata del servizio e omessa o ritardata portabilità del numero. In queste ipotesi l'indennizzo deve essere corrisposto entro un periodo prestabilito.

del modello inglese dell'*Office of the Telecoms Adjudicator*; in questo modo ci si augura di realizzare una leale concorrenza tra gli operatori del settore.

Con la delibera n. 718/08/CONS dell'11 dicembre 2008, l'Agcom ha approvato e reso obbligatori gli Impegni⁸⁷ presentati da Telecom Italia, al fine di promuovere ulteriormente la concorrenza e tentare di migliorare la soddisfazione dei clienti finali. In questa sede l'Autorità ha previsto un sistema di *governance* per la corretta attuazione degli impegni, prevedendo, tra le altre disposizioni, *“l'istituzione di un organismo incaricato di risolvere le controversie di carattere tecnico-operativo relative alla fornitura di servizi di accesso alla rete, denominato OTA Italia”*; organismo istituito con la delibera 121/09/CONS⁸⁸.

Gli obiettivi che si prefigge l'organismo, posso essere raggiunti solamente con un costante impegno volto a migliorare il ricorso alla conciliazione tra i soggetti coinvolti e lo scambio di flussi informativi.

Secondo gli Impegni presentati da Telecom (n. 10), si legge, nella relazione sui risultati raggiunti di Telecom Italia (2010), che *“Telecom Italia si impegna ad aderire allo schema contrattuale stabilito dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni relativo all'istituzione dell'organismo deputato a risolvere le controversie di carattere tecnico-operativo relative alla fornitura di servizi di accesso alla rete denominato OTA Italia, fatta salva la facoltà di Telecom Italia di rappresentare liberamente la propria posizione nel corso dei relativi procedimenti.”*

⁸⁷ Gli Impegni presentati da Telecom e accettati dall'Autorità sono stati oggetto di una complessa trattativa. L'iter di approvazione degli Impegni è iniziato il 19 giugno 2008 e si è concluso in data 11 dicembre 2008, con la delibera n. 718/08/CONS. In particolare, sono stati oggetto di valutazione secondo le procedure stabilite con la delibera n. 131/08/CONS, nel rispetto dei principi di trasparenza e di partecipazione.

⁸⁸ Delibera modificata successivamente dalla delibera n. 231/09/CONS.

Nel corso del mese di ottobre 2009 si sono avute le prime adesioni volontarie da parte dei principali operatori e l'OTA è divenuto pienamente operativo.

L'OTA Italia è tenuto ad informare tempestivamente l'Autorità relativamente l'avvio e la conclusione di ogni procedura, tentativo di conciliazione, avvenuto deferimento di una controversia e, infine, del suo esito.

Ciò che caratterizza l'organismo sono i rapporti costanti che ha con la Commissione europea, per la definizione di eventuali ulteriori obiettivi da perseguire, e con la Commissione per le Infrastrutture e le Reti e con il Consiglio dell'Agcom, alle quali deve riferire sulle attività che ha posto in essere.

Da un punto di vista sistematico appare opportuno fare una precisazione circa il raccordo tra le previsioni del Codice delle comunicazioni elettroniche e quanto previsto in materia di ULL. Importante è, quindi, la previsione di raccordo con le disposizioni dell'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche. E' previsto, che gli operatori che hanno aderito a tale schema debbano preventivamente fare ricorso all'OTA secondo le disposizioni attuate dal regolamento che ne disciplina il funzionamento, e solo successivamente, in caso di esito negativo di tale procedura è possibile fare riferimento all'art. 23 del Codice.

Per quanto riguarda agli aspetti strutturali basta, in questa sede, accennare al fatto che con la delibera di istituzione dell'OTA si è altresì previsto alla nomina di un Presidente e alla definizione della sua struttura organizzativa⁸⁹.

Concludendo, tale organismo è stato costituito alla luce della positiva esperienza maturata nel Regno Unito con l'*Office of Telecommunications Adjudicator*, che ha lo scopo di favorire una piena parità di accesso alla rete da parte di tutti gli operatori presenti nel mercato, nonché facilitare la risoluzione delle liti che sorgono tra gli operatori in merito ad aspetti tecnico-operativi, tuttavia, condividendo le parole del presidente dell'OTA (Italia), si sottolinea che per una sua corretta ed efficace azione, è necessario realizzare un effettiva collaborazione tra gli operatori nell'ottica del raggiungimento dell'obiettivo comune.

⁸⁹ Per quanto attiene alle Regole di funzionamento dell'OTA, si rimanda alla delibera 478/09/CONS; per quanto riguarda, invece, gli aspetti relativi alle regole di funzionamento dell'organismo, si farà riferimento alla delibera 326/06/CONS.

CAPITOLO TERZO

L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA PREVISTA INNAZI ALL'AGCOM

SEZIONE I – INDAGINE CONOSCITIVA

Attività prodromica alla stesura di tale lavoro e all'obiettivo che si propone di raggiungere, ossia valutare l'effettività degli strumenti di tutela previsti dal nostro ordinamento, è stata sottoporre a trecento persone, di diversa età e provenienza, un questionario articolato in undici domande relative ad alcuni aspetti del sistema giudiziario italiano e alla conoscenza del sistema di tutela predisposto dall'Agcom.

Si sono realizzate delle interviste a campione a persone comprese nella fascia di età che va dai 25 ai 65 anni; le interviste sono state svolte per area geografica: Sud, diffondendo il questionario nelle città di Napoli, Salerno, Catania e Lecce, Centro, considerando le città di Roma, Perugia, Bologna e Firenze e Nord, intervistando persone provenienti da Bergamo, Milano, Pavia, Trento e Verona. Hanno prestato il loro contributo persone di diversa estrazione sociale, formazione e professione; l'obiettivo è quello di tentare di offrire un risultato basato sulla maggiore rappresentatività possibile. L'obiettivo non era scegliere le persone, semplicemente individuarle in base all'età e alla provenienza. Una volta fatto ciò è stato poi possibile procedere ad altre valutazioni successive, relative al grado di istruzione e al lavoro svolto. Per quanto riguarda il *modus procedendi* si deve precisare che si tratta di un'indagine non ufficiale, condotta con strumenti e mezzi non professionali e che considera di fondamentale importanza l'anonimato dei partecipanti.

In questa sezione si analizzeranno le risposte ottenute dandone anche una rappresentazione grafica e approfondendo gli aspetti emersi.

Il progetto è articolato in due settori di ricerca volti ad analizzare quadro relativo al grado di soddisfazione dei cittadini del sistema giudiziario italiano, evidenziandone gli aspetti più problematici e l'offerta delle forme di tutela esistenti sul territorio nazionale.

Obiettivo dell'indagine è quindi quello di rilevare e analizzare la fruizione dei rimedi previsti e il ruolo svolto dagli stessi all'interno del sistema giudiziale italiano. Si vuole altresì porre l'accento su eventuali misure da adottare per future linee di condotta da parte dell'Agcom e del Legislatore.

1. Area Sud

La compilazione del questionario nell'area meridionale ha interessato le città di Napoli, Salerno, Catania e Lecce. Dalle risposte ottenute si può delineare un quadro generale relativo al sistema giudiziario italiano, che risulta essere abbastanza negativo, e un'"istantanea" sul grado di conoscenza dell'Autorità per le garanzie.

Di seguito è riportato un modello del questionario diffuso e un grafico sviluppato sulla scorta delle risposte ottenute.

Questionario

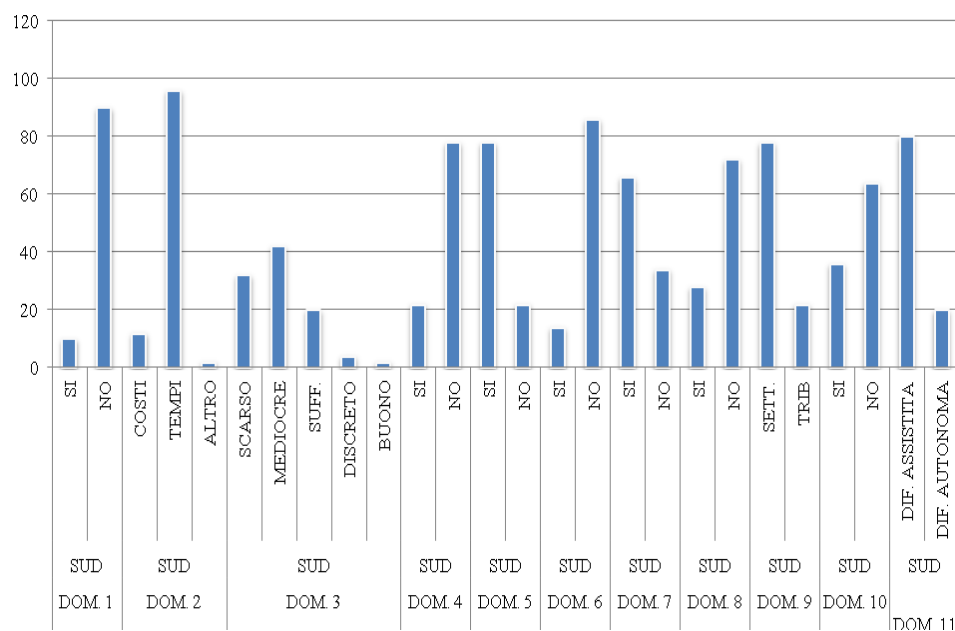
ETA' DOVE VIVI

TITOLO DI STUDIO: SCUOLA MEDIA INFERIORE ☐ DIPLOMA DI LAUREA ☐ SCUOLA MEDIA
SUPERIORE ☐ ALTRO ☐

PROFESSIONE: STUDENTE ☐ DIPENDENTE ☐ LIBERO PROFESSIONISTA ☐ DISOCCUPATO ☐
ALTRO ☐ SE AVVOCATO ☐

- 1) Pensi che il sistema giudiziario italiano sia efficace? Si ☐ No ☐
- 2) Se potessi, quali aspetti ne miglioreresti? Costi ☐ Tempi ☐ Altro (indica cosa) ☐
- 3) Qual è, secondo te, il grado di efficienza del sistema giudiziario italiano?
Scarso ☐ Mediocre ☐ Sufficiente ☐ Discreto ☐ Buono ☐
- 4) Sai cosa sono le ADR – *Alternative Dispute Resolution*? Si ☐ No ☐
- 5) Ti sei mai rivolto ad un Avvocato? Si ☐ No ☐
- 6) Ti sei mai rivolto ad un'Associazione di Consumatori? Si ☐ No ☐
- 7) Sai cos'è l'Agcom – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni? Si ☐ No ☐
- 8) Sai cosa sono i Co.re.com.? Si ☐ No ☐
- 9) Se potessi scegliere di essere “giudicato” in un'ipotetica vertenza di natura professionale, nel settore in cui lavori o hai lavorato, preferiresti che la decisione provenisse da un organismo composto da esperti del settore ☐ o da un Tribunale ☐ ?
- 10) Sai che in caso di problemi con un operatore telefonico (es.: Wind Infostrada, Vodafone, etc..) hai un'alternativa al Tribunale (Agcom) che non prevede necessariamente l'intervento di un Avvocato? Si ☐ No ☐
- 11) Nel caso in cui scegliesti di ricorrere all'Agcom, opteresti per una difesa assistita ☐ oppure per una difesa autonoma ☐ e perché ?

Si effettueranno alcune osservazioni relative ai dati emersi; alcune considereranno nel complesso i dati raccolti, alcune ancora relative alla combinazione di più risposte ed altre specifiche su talune questioni.



In primo luogo emerge come quasi la totalità degli intervistati abbia espresso il proprio parere negativo riguardo all'efficacia del sistema italiano giudiziario. Causa principale della sua inefficacia è da ravvisarsi nelle lungaggini temporali; 96 persone hanno infatti individuato quale prevalente aspetto negativo (che dovrebbe quindi essere migliorato) i tempi processuali. Solamente 8 persone ne hanno sottolineato i costi elevati e, infine, 2 persone hanno indicato quale aspetto su cui intervenire il sistema sanzionatorio (evidenziando l'assenza di tempestività delle sanzioni)¹.

Da sottolineare, al di là dei risultati immediatamente leggibili dal grafico stesso, quella che può essere definita come una “corrispondenza trasversale” tra le risposte ad alcune domande.

¹ In questo caso si deve sottolineare che 8 persone hanno espresso una doppia scelta indicando sia “tempi” sia “costi”.

Si considerino pertanto le domande 1-3-9. Dalle relative risposte emerge una certa continuità da cui si evidenzia che a fronte della scarsa efficienza del sistema giudiziario (che i più considerano mediocre e scarso²), vi è la tendenza a preferire di essere giudicati da un organismo composto da esperti del settore piuttosto che da un Tribunale composto da magistrati togati.

Considerando invece le risposte alle domande 1-3-11 emerge che nonostante la considerazione negativa del sistema giudiziario, l'80% degli intervistati si farebbero assistere da un legale anche laddove non necessario.

Da qui un'osservazione: sebbene si ritiene che il sistema non sia efficace non si rinuncia all'idea della difesa assistita, nonostante i costi che risultano essere il secondo motivo di insoddisfazione e la sfiducia nel sistema nel suo complesso. Non sembrerebbe erroneo assumere quindi che il maggior grado di inefficienza sia ricollegabile alla fase decisoria, ossia all'operato dei giudici, che non riescono a pronunciarsi sulle cause in tempi non solo ragionevoli ma certi.

Altro aspetto da sottolineare è la corrispondenza tra la domanda numero 5 e la numero 11; infatti risulta che la maggior parte degli intervistati si sia rivolta almeno una volta alla professionalità di un avvocato e risulta altresì che (nonostante i costi e il fatto che siano parte di un sistema che è stato definito scarso o mediocre) preferiscano essere rappresentati da un legale. A fondamento della scelta relativa alla difesa assistita vi è una maggiore sicurezza circa competenza e professionalità.

Considerando quanto appena detto, ma valutando i punti 1-3-5-9 risulta che, come già detto, nonostante la negativa considerazione del sistema giudiziario italiano la maggioranza delle persone continuerebbe a farsi rappresentare da un legale.

A questo punto potrebbe, però, trovare spazio un altro ragionamento sulla circostanza che la maggior parte degli intervistati preferisca essere giudicata da esperti del settore ma non intenda rinunciare all'assistenza legale. Da qui due considerazioni. La prima indica che una valutazione da parte di professionisti del settore risulta sicuramente più rispondente alle esigenze del caso di specie. La seconda (in contraddizione con la precedente) è relativa alla constatazione che il popolo italiano

² Solamente 2 persone hanno affermato che il sistema giudiziario è buono, 4 che è discreto e secondo 20 persone il sistema risulta essere sufficiente.

reagisce negativamente ad ogni forma di cambiamento ed è restio a lasciare la strada vecchia per la nuova. E' come se pur scegliendo di essere giudicati da esperti riponessero poca fiducia negli stessi sentendosi meglio tutelati se difesi da un avvocato.

Se da un lato si legge un cambiamento di rotta nel non prediligere i tribunali dall'altro è come se non fosse maturo tale passaggio e preferissero rimanere in parte ancorati al "sistema tradizionale".

A questo punto è necessario capire il motivo per cui una persona sceglie di essere assistita. Potrebbe rinvenirsi nella maggiore tutela che un esperto del settore offre al suo rappresentato; ancora potrebbe essere giustificato dai positivi risultati ottenuti in altri casi da una difesa. Ancora, non si può prescindere da alcune valutazioni di carattere "ambientale" relative alla notorietà di un avvocato piuttosto che di un altro.

Un aspetto sicuramente importante sul quale bisogna riflettere è l'aver riscontrato una percentuale speculare, quasi diametralmente opposta, tra le persone che hanno dichiarato di sapere cosa sia l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e quelle che hanno conoscenza anche dei Co.Re.Com. (domande 7 e 8).

Il 66% delle persone a cui è stato sottoposto il questionario sanno cos'è l'Agcom ma ben il 72% non sa cos'è un Co.Re.Com.. Una risposta a quest'apparente contraddizione può rinvenirsi nel fatto che il Co.Re.Com. Campania sia titolare solamente di deleghe di I fase³, che la Sicilia sia priva di deleghe e che solamente in Puglia vi sia un Co.Re.Com. funzionante a pieno.

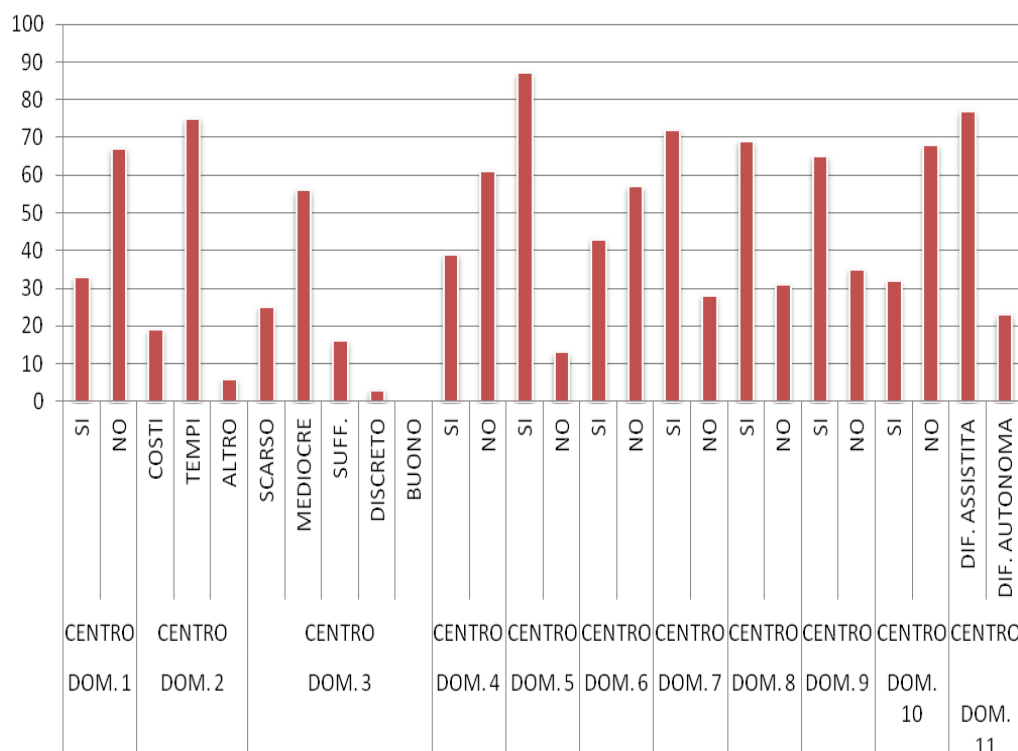
Altra considerazione parzialmente collegata a questa appena fatta è che la pubblicità a livello locale di tali comitati non sia stata efficace e che spesso la fase conciliativa ha rappresentato più che altro uno *step* formalmente necessario, ma non sostanziale, nella regolarità delle procedure da esperire. Potrebbe anche essersi verificata l'ipotesi per cui a seguito della maggiore offerta degli organismi cui rivolgersi per lo svolgimento della fase conciliativa a livello locale si sia determinata "troppa" offerta, spostando in questo modo l'attenzione dai Co.Re.Com. ad altri organismi cui poter ricorrere.

³ A riguardo si rimanda al Cap. II, Sez., I, B, paragrafo 3.1 e Cap.II, Sez. II, paragrafo 4.

Concludendo, riguardo l'esito del questionario svolto nell'area Sud, si può dire che seppure si guarda al sistema giudiziario con disillusione, non si può prescindere dalla forte influenza che questo ha sui cittadini e di come questi preferiscano farsi assistere e difendere da legali pur avvicinandosi lentamente all'idea di una giustizia di settore diversa da quella dei tribunali.

2. Area Centro

Per quanto riguarda l'indagine svolta nell'area centrale dell'Italia in linea generale si evince una certa omogeneità con i dati raccolti nel meridione d'Italia; alcune differenze vi sono in relazione alla percentuale, ma poche quelle in relazione all'orientamento delle stesse. Solamente in due casi vi è una differenza significativa. Per l'analisi del grafico si rimanda alle domande del questionario riportato nel paragrafo precedente che per comodità si evita di ripetere.



Sebbene anche in questo caso molto alta è la percentuale delle persone che, almeno una volta, si è rivolta ad un avvocato, l'87% a fronte del 78% dell'area Sud, risulta decisamente elevata anche la percentuale di intervistati che si è rivolta ad un'associazione di consumatori.

Alla domanda numero 6 il 43% delle persone intervistate ha risposto di aver consultato un'associazione di consumatori. Questo dato è di particolare interesse poiché risulta essere un *unicum*, infatti né al Sud né al Nord si è raggiunta una percentuale simile; si pensi che nell'area meridionale solamente il 14% ha detto di essersi rivolto ad un'associazione di consumatori. Indubbiamente è un dato che fa riflettere; una percentuale così elevata potrebbe rappresentare la conseguenza di una maggiore domanda da parte di soggetti danneggiati. Infatti l'87% ha consultato un avvocato e le associazioni magari potrebbero rappresentare una sorta di *step* intermedio tra l'assenza di tutela e un mandato ad un avvocato. Altra spiegazione, potrebbe essere ravvisata nel fatto che nel centro Italia vi è il maggior numero di associazioni di consumatori o è maggiore il riscontro che queste hanno sul territorio.

Altro aspetto distintivo rispetto all'indagine precedentemente analizzata riguarda il rapporto tra le domande 7 e 8. Mentre nell'area Sud è emersa una sorta di incongruenza o quantomeno un'asimmetria tra coloro che conoscono l'Agcom e quanti conoscono anche i Co.Re.Com., in quest'occasione, invece, si nota una certa corrispondenza tra quanti hanno conoscenza dei due organismi; infatti il 72% delle persone conoscono l'Autorità e il 69% conoscono anche i Co.Re.Com.

Per quanto riguarda le altre risposte, tendenzialmente in linea con quelle del Sud, si devono fare alcune precisazioni. Procedendo con ordine si deve da subito dire che l'efficacia del sistema giudiziario italiano è avvertita in modo differente; il 33% sostiene che il sistema sia efficace ma, in linea con quanto visto sino a questo punto, si individua nei tempi lunghi il maggior aspetto negativo. Tuttavia tale dato risulta essere in contraddizione con quanto risulta dalle risposte alle domanda numero 3 secondo le quali, riportando precisamente le percentuali si evince che solamente il 19% ha espresso una valutazione positiva sul sistema italiano (16 persone hanno detto che è sufficiente e 3 che è discreto). Da quest'analisi risulta quindi come ancora l'81% ritiene che il sistema sia insufficiente, secondo le modalità di risposta prevista

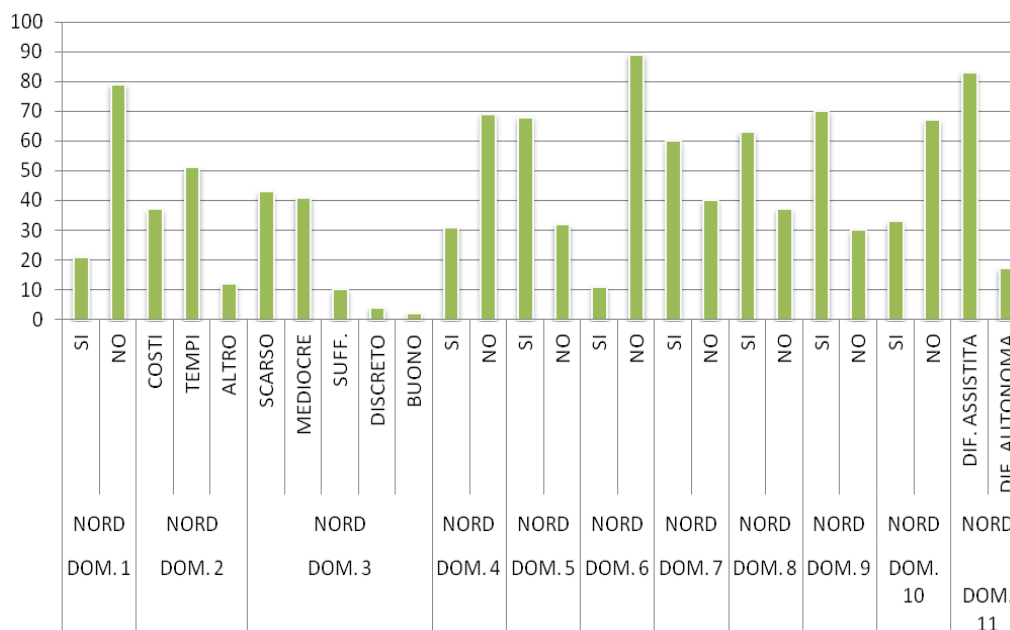
“mediocre” o “scarso”. Di qui è necessario fare una considerazione: o si ritiene “mediocre” in un’accezione non negativa, soluzione che tuttavia non appare molto realista, oppure che al momento di dover dare un giudizio più preciso anche chi ha definito il sistema giudiziario come efficiente abbia ritrattato la sua valutazione ponderando più accuratamente la sua risposta.

Sebbene anche in questo caso, come detto, la questione “tempi” sembra essere l’aspetto che più penalizza il sistema giudiziario attuale, si deve registrare un leggero spostamento di prospettiva. Al Centro infatti il 19% degli intervistati hanno identificato quale altro problema rilevante quello relativo ai “costi” delle procedure, e il 6% (con un aumento di quattro punti rispetto al 2% del Sud) ha individuato nella competenza dei giudici e nella scarsa entità delle pene altri fattori negativi. La domanda numero 2 sarà oggetto di ulteriori osservazioni nell’ultimo paragrafo della sezione.

Anche in questo caso è nettamente superiore la percentuale di coloro che preferiscono essere giudicati da esperti del settore piuttosto che da un tribunale e che in ogni caso opterebbero per una difesa assistita piuttosto che autonoma.

3. Area Nord

Anche in quest’occasione si farà riferimento al questionario già illustrato al paragrafo 1 di questo capitolo e si analizzeranno i dati ottenuti dagli intervistati delle città di Bergamo, Milano, Pavia, Trento e Verona.



Come fatto finora si procederà con una valutazione di carattere generale per poi analizzare più da vicino i risultati ritenuti più importanti ai fini dell'indagine. In generale si può dire che l'essenza delle risposte rispecchia una certa uniformità con quelli raccolti a livello centrale e meridionale.

Tuttavia, proprio come tra Centro e Sud sono emerse alcune peculiarità, altre ne sono emerse tra Nord e Centro e tra Nord e Sud. Anche in quest ultimo caso alcune differenze sussistono in relazione alla percentuale ottenuta su un identico esito e altre ancora invece in relazione all'orientamento stesso delle risposte.

Con la percentuale del 79% si afferma che, in riferimento alla domanda numero 1, il sistema italiano giudiziario non risulta efficace; risposta che è confermata dalla domanda numero 3 secondo cui il 43% ritiene che il sistema sia scarso, il 41% che sia mediocre e solamente un 16% esprime un giudizio positivo (nella misura del 10% sufficiente, 4% discreto e 2% buono) e anche dalla domanda numero 9 secondo cui il 70% degli intervistati ritiene che sarebbe preferibile ottenere una decisione su una lite da parte di esperti del settore.

Anche in questo caso l'aspetto più problematico del sistema è legato alla questione "tempi", anche se con una notevole diminuzione nella percentuale. Se infatti al Sud la percentuale che indicava i tempi come maggiore causa d'inefficienza era del 96%,

al Nord è circoscritta nella misura del 51%. Emerge quale dato in netta superiorità la percentuale del 37% relativa ai costi, che rappresenta un aspetto molto importante per parte della popolazione settentrionale e il 12% sostiene che non è sufficiente il grado di professionalità e competenza che attualmente ha la magistratura.

A differenza da quanto sin qui emerso e probabilmente collegato a quanto appena esposto risulta, dal campione di persone intervistate, che “solamente” il 68% si è rivolto ad un avvocato almeno una volta e che, uniformandosi ai dati dell'Italia del Sud in percentuale bassissima si sono rivolti ad associazioni di consumatori. Naturale è l'osservazione relativa alle associazioni di consumatori e sul perché hanno una percentuale bassa di persone che vi ricorrono. Potrebbe essere, oltre a quanto già detto nel paragrafo precedente, che a fronte della varietà di posizioni giuridiche lese nell'Italia centrale sia configurabile il maggior grado di soggetti danneggiati-consumatori (ipotesi che però lascia spazio a non pochi dubbi).

Corrispondenza quasi totale si ha anche per le domande 7 – 8 in cui si chiede se si ha conoscenza dell'Agcom e dei Comitati regionali; il 60% ha risposto di sapere cosa sia l'Agcom e il 63% ha risposto positivamente alla domanda relativa ai Co.Re.Com.. In realtà attenzione particolare merita questa risposta dal momento che è l'unico caso in cui vi è una superiorità di risposte positive relative alla conoscenza dei Co.Re.Com. rispetto alla generale superiorità di risposte positive correlate all'Agcom. Anche questo dato sembra atipico ma potrebbe trovare una motivazione nel fatto che il Co.Re.Com. Lombardia è molto attivo; si ricorda però che le persone interrogate provengono anche da province di altre regioni e quindi sembrerebbe un'ipotesi non del tutto condivisibile; sembra altresì non condivisibile appieno anche perché pure il Co.Re.Com. Lazio è molto attivo e non si è avuto il medesimo risultato nell'area centrale.

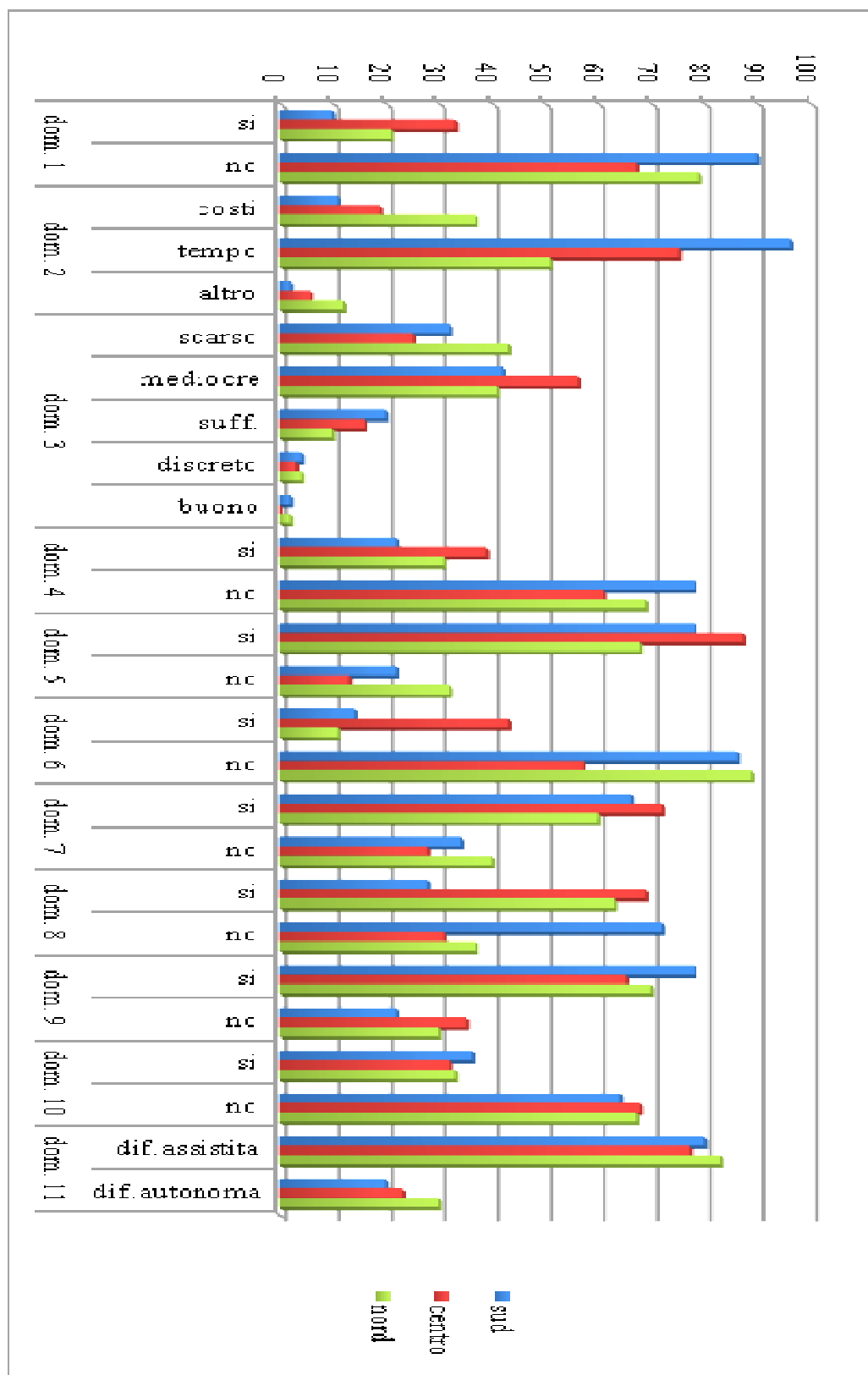
Concludendo l'analisi dei dati raccolti per l'area geografica settentrionale si deve notare come anche in questo caso gli intervistati preferiscano non rinunciare ad una difesa assistita e come vi rinuncerebbero esclusivamente per questioni di carattere economico. Perfettamente in linea con quanto sin qui osservato è l'83% di persone che si farebbe assistere anche laddove non necessario contro il 17% di chi eviterebbe. Perfettamente omogenee risultano infine essere le motivazioni che stanno alla base

dell'83%, ossia per una maggiore sicurezza, professionalità e competenza del rappresentante.

4. Valutazione complessiva

Delle persone intervistate 170 sono compresi in una fascia di età tra i 25 e i 35 anni, 77 tra i 36 e i 50 anni e 53 tra i 51 e i 70 anni. L'83% delle persone intervistato ha conseguito un diploma di laurea, il 17% del diploma di scuola media superiore. Il 6% ha dichiarato di essere un libero professionista, il 59% di svolgere lavoro dipendente, 15% "altro", il 7% di essere studente e il 13 % di essere disoccupato.

Comune denominatore di questa indagine appare essere la diffusa considerazione che il sistema italiano giudiziario sia inadeguato, scarso e in generale poco efficace. Infatti seppur con qualche oscillazione da regione a regione è indiscusso il generale malcontento che accomuna la grande maggioranza degli intervistati. Altro dato tendenzialmente costante in tutte le zone d'Italia è la scelta di una difesa assistita nel caso in cui si scegliesse di ricorrere all'Agcom. Lo spostamento di punti percentuali è in totale di 6: la percentuale più bassa si rinviene al Centro con il 77%, poi il Sud con l'80% e infine il Nord con l'83%. Di seguito un grafico esemplificativo che mette a confronto diretto i risultati ottenuti dalle tre aree geografiche interessate.



In generale può anche dirsi che non è stata rilevata nessuna forma di corrispondenza tra il grado di istruzione e le risposte fornite, soprattutto in relazione alle domande numero 4, 7 e 8 che costituiscono il fulcro dell'indagine e consentono di capire l'effettività di una tutela prevista a livello legislativo ma che non sembra essere nella consapevolezza dei più.

La domanda numero 4 con cui si chiede se si conoscono le *Alternative Dispute Resolution* raggiunge risultati non molto rassicuranti. In nessun caso si raggiunge il 50% di risposte positive; in particolare si sono ottenute le seguenti risposte: al Sud solamente il 22% risponde di sapere di cosa si tratta, al Centro risponde di sì il 39% degli intervistati e al Nord il 31%.

Con il punto numero 7 si sottopone agli intervistati una domanda relativa alla conoscenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; in questo caso le risposte date sono più rassicuranti anche se un dato comunque di rilievo è che trattandosi di un'Autorità nazionale non dovrebbe esservi una forte differenza di percentuale tra Sud, Centro e Nord. La discontinuità nella percentuale tra le tre zone considerate è di 12 punti percentuali: al Sud hanno risposto di sì il 66% delle persone, al Centro il 72% e al Nord il 60%.

Per quanto riguarda la domanda 8, risulta come già accennato nei paragrafi precedenti una coincidenza di risposte tra la conoscenza dell'Agcom e dei Cor.Re.Com., nell'area centrale si è registrato il 72% di "sì" relativi all'Agcom e il 69% di "sì" relativi ai Co.R.Com., nell'area settentrionale si è riscontrato, rispettivamente, il 60% e il 63% di "sì". Infine nel meridione a fronte del 66% che dichiara di avere conoscenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni il 72% ignora cosa siano i Comitati regionali.

Riguardo ai dati emersi si possono svolgere alcune osservazioni. La prima che salta agli occhi, come si è accennato, non è relativa al titolo di studio, ma alla corrispondenza di risposte date in relazione all'età dell'intervistato. E' emerso infatti che tendenzialmente gli intervistati più giovani, quelli compresi tra i 25 e 35 anni sanno cosa sono l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, i Comitati regionali per le comunicazioni e cosa s'intende con l'acronimo ADR – *Alternative Dispute Resolution*. Verrebbero almeno due ipotesi possibili sul perché di un simile dato o coincidenza. La prima è relativa alla memoria dello studio; ossia ben potrebbe essere

che le persone comprese nella fascia di età più giovane abbiano concluso recentemente gli studi e, quindi, hanno informazioni meno datate e più fruibili. Altra osservazione è relativa alla prospettiva. Le persone che hanno attualmente tra i 25 e i 35 anni rappresentano la generazione “del domani” e quindi sono persone che vivono attentamente la vita quotidiana e che sentono la necessità di conoscere bene la realtà in cui vivono e vivranno.

Alla prima ipotesi prospettata si può muovere l'osservazione secondo cui, dal momento che nel questionario non è data la possibilità di specificare l'area in cui si è ottenuto il titolo di studio non è dato per scontato che si tratti esclusivamente di giovani laureati né che tutti abbiano conoscenze in materia. Per quanto riguarda la seconda ipotesi sebbene un cambiamento dovrebbe interessare molto anche chi ha vissuto in un'epoca differente da quella in cui il cambiamento avviene sì da poterne valutare aspetti positivi e negativi o solo le differenze, in realtà sembra non essere così al punto da poter ritenere che tutte queste ipotesi siano solo parzialmente corrette e che il risultato finale sia solo una coincidenza.

Per quanto attiene invece alle domande numero 7 e 8 che coinvolgono la conoscenza o meno dell'Autorità e dei Comitati pare che una motivazione si possa rinvenire, al di là della mera casualità, nell'efficienza dei Comitati regionali considerati; nel senso che un Co.Re.Com. che non funzioni correttamente o sia poco efficace sarà meno conosciuto per l'attività che svolge e quindi meno noto, a differenza di quanto potrebbe avvenire per Co.Re.Com. ben funzionanti quale ad esempio quello della Toscana ovvero quello della Puglia.

Se si considerano le risposte date al Sud al Centro e al Nord alla domanda numero n. 2 emerge un altro aspetto sul quale riflettere. Le risposte possibili relative agli aspetti da migliorare nel sistema giudiziario italiano indicavano i Tempi, i Costi o Altro, dando modo con “Altro” di indicare cosa secondo l'intervistato si dovesse migliorare. Sebbene come già evidenziato il fattore Tempo è quello più allarmante e condiviso, emerge anche che Costi e Altro (che per comodità si identificherà con Competenza, Professionalità o Sanzioni) subiscono un aumento costante. Se al Sud solamente il 2% ha individuato la Competenza dei giudici come un problema, al Centro la percentuale è salita al 6% per culminare al suo doppio al Nord. Simile crescita si nota in relazione ai Costi. Se al Sud non è rilevante la percentuale di

coloro (12%) che individuano nelle spese di giudizio un problema effettivo del sistema giudiziario la percentuale, il problema sembra concretizzarsi al Nord dove la soglia di coloro che ritengono rappresenti un aspetto da migliorare del sistema italiano arriva al 37%.

In conclusione si sente la necessità di sottolineare come con tale indagine non si ha la presunzione di offrire un quadro completo e preciso della situazione italiana, piuttosto ci si augura di aver offerto un incipit di quello che i cittadini italiani pensano del sistema giudiziario nostrano, uno spaccato della realtà italiana e soprattutto uno spunto per alcune riflessioni.

*SEZIONE II – LE PRONUNCE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE
COMUNICAZIONI*

Obiettivo di questa seconda sezione è operare una valutazione del modo in cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni esercita il suo potere in concreto di dirimere le controversie. Alla luce di quanto si dirà ci si potrà poi interrogare se, con riferimento all'attività di conciliazione e definizione delle controversie dell'Agcom, è possibile parlare di una giustizia sostanziale.

Si procederà all'esposizione di alcuni casi che vedono protagonisti operatori del settore ed utenti procedendo secondo un ordine storico dal 2003 ad oggi. Pertanto si procederà ad una disamina, seppure sintetica, di alcune decisioni ritenute particolarmente rilevanti e all'analisi degli aspetti più significativi. In base alla loro analisi sarà possibile tracciare uno schema che individui le linee di sviluppo intervenute dal 2003 al 2011.

1. Le controversie tra utenti e operatori dal 2004 ad oggi

In questo paragrafo si farà riferimento ai dati relativi alle controversie tra utenti ed operatori contenuti nelle Relazioni annuali dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in modo da poter avere un quadro completo sull'operato dell'Autorità.

Risulta che nel 2004 (periodo 1 maggio 2003 – 30 aprile 2004) l'Agcom ha ricevuto 19 istanze per la definizione delle controversie; di queste solo una è stata oggetto di una proposta di definizione alla Commissione infrastrutture e reti dell'Autorità, nei rimanenti 18 casi le parti sono giunte ad un accordo nel corso della procedura determinando così un provvedimento di non luogo a provvedere.

A fronte di queste 19 istanze, l'anno successivo l'Autorità è stata investita da 116 istanze. Di queste 50 sono state risolte mediante atto vincolante dell'Autorità, di cui 10 con un provvedimento di merito e 40 con accordo. Da quanto contenuto nella Relazione emerge anche che l'operatore maggiormente coinvolto nelle controversie con gli utenti è Telecom Italia che detiene il primo posto con 79 procedimenti in cui

è coinvolta, il secondo operatore più coinvolto è Wind Telecomunicazioni con 17 e in coda c'è Fastweb con 11.

Importante e da sottolineare immediatamente è la crescita esponenziale dei numeri che interessano questo settore, numeri inizialmente molto contenuti, ma che sin da subito diventano considerevoli in relazione allo sviluppo e alla diffusione delle procedure presso i Co.Re.Com. e l'Agcom. Basti infatti pensare che nel 2006 risultano pervenute all'Autorità 283 istanze (e definita circa 70 da parte della Commissione) e oltre 1000 sono le richieste di provvedimenti temporanei per la riattivazione del servizio, relative al non corretto funzionamento del servizio richiesto o ad altre forme di abuso quali fatturazione indebita e mancata risposta ai reclami.

Per quanto attiene alle istanze presentate all'Autorità nel periodo di riferimento 1 maggio 2006 – 30 aprile 2007 delle 388 ricevute, 141 sono state oggetto di un accordo tra le parti e 96, invece, sono state definite con provvedimento vincolante tra le parti.

L'anno successivo, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ricevuto oltre 600 richieste per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e anche l'attività di risoluzione delle controversie deferita all'Autorità, oggetto di una crescita costante, ha raggiunto nel periodo di riferimento (1 maggio 2007 - 30 aprile 2008) il numero di circa 800 istanze. Di questi 800 procedimenti, 112 si sono conclusi con l'adozione di un provvedimento decisorio dell'Autorità e 264 con il raggiungimento di un accordo.

Per maggiore chiarezza si farà riferimento di seguito ad uno schema riepilogativo al fine di offrire una panoramica più precisa sui numeri indicati.

<u>Attività di risoluzione extragiudiziale di controversie</u>						
	Pervenute	Concluse con provvedimento		Concluse	Improcedibili	In corso
		non luogo a provvedere	definizioni nel merito			
2007 (1/5 al 31/12)	398	44	53	180**	21	157
2008 (1/1-31/03)	400		15	84***	7	232

** Controversie concluse nel 2007 (riferite ad istanze presentate nel 2007 o precedentemente).
*** Controversie concluse nel 2008 (riferite ad istanze presentate nel 2008 o precedentemente).
Fonte: elaborazione Autorità

A conclusione di uno studio svolto relativo ai motivi che hanno determinato l'insorgere delle controversie si evince che le problematiche maggiormente ricorrenti sono relative a due macro aree: il servizio di telefonia vocale di base e il servizio a banda larga.

Riguardo al servizio di telefonia vocale di base le cause più ricorrenti da cui deriva una lite sono relative alla mancata o ritardata attivazione di un servizio, al ritardo nella riparazione e alla mancata effettuazione del trasloco di utenza.

Per quanto attiene invece ai disservizi relativi alla banda larga sono maggiormente diffuse liti determinate dalla mancata attivazione della connessione ADSL o VoIP - *Voice over Internet Protocol*.

Se ci si sposta da queste due macro aree, altri settori in cui risultano in crescita le liti sono relativi alla tematica dei servizi non richiesti e alla fatturazione indebita di traffico anche verso numeri speciali, per la quale si è reso necessario un intervento in sede regolamentare mediante l'adozione della delibera n. 418/07/CONS.

In conseguenza dell'aumento considerevole e incessante delle istanze di risoluzione delle controversie tra operatori ed utenti, tra maggio 2008 e aprile 2009, l'Autorità ha reputato opportuno prevedere un termine di 150 giorni in luogo del termine originario di 90 giorni, in modo da poter offrire la possibilità effettiva dell'espletamento dell'attività istruttoria necessaria per l'adozione del provvedimento decisorio finale. Ispirata dalla stessa *ratio* (di celerità) è stata la decisione, per la risoluzione delle controversie di modesta entità economica, di ricorrere alla determina direttoriale, ossia ad un provvedimento amministrativo monocratico in luogo della delibera collegiale, per poter garantire laddove non vi sia la necessità di un'approfondita attività istruttoria e dove il valore della controversia non sia superiore agli € 500,00, la conclusione del procedimento in tempi rapidi e senza inutili aggravii in termini di costi e tempi.

A seguito del necessario adeguamento della normativa alle esigenze che progressivamente si riscontrano nel corso della procedura di risoluzione delle controversie si ritiene opportuno ricordare che fino al 1° ottobre 2009 la definizione delle controversie con atto vincolante tra le parti era di competenza esclusiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e che, invece, successivamente

sono divenute operative le deleghe per la fase di definizione delle controversie per i Co. Re. Com. Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia e Puglia, ai quali dal 1° gennaio 2010 hanno fatto seguito quelli della Calabria, Lazio, Lombardia, Umbria, Toscana e della Provincia di Trento.

Nel periodo che va dal 1° maggio 2009 al 30 aprile 2010, sono pervenuti 1.733 procedimenti, di cui 65 conclusi con l'adozione del provvedimento decisorio collegiale, 10 procedimenti definiti con l'adozione del provvedimento decisorio monocratico (determina direttoriale), mentre 1.659 procedimenti si sono risolti con il raggiungimento di un accordo transattivo. Anche in questo caso sembra opportuno indicare in una tabella le voci appena riportate.

<u>Attività di risoluzione extragiudiziale di controversie</u>						
	Pervenute	Concluse con provvedimento determine definizioni direttoriali nel merito		Concluse*	Improcedibili	In corso
2009						
1/5 - 31/12	1440	10	51	996**	64	348
2010						
1/1 - 30/04		293	14	663***	20	560
* in udienza di discussione, con accordo prima dell'udienza o a seguito di rinuncia al procedimento						
** controversie concluse nel 2009 (riferite ad istanze presentate nel 2009 o precedentemente)						
*** controversie concluse nel 2010 (riferite ad istanze presentate nel 2010 o precedentemente)						
Fonte: Autorità						

Relazione Annuale Agcom 2010

A seguito dell'introduzione e dello sviluppo dei poteri delegati per la definizione delle controversie a livello regionale e provinciale, nel caso della città di Trento, si è riscontrato, rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, una diminuzione del 38% delle istanze pervenute all'Autorità. Tra il 1° maggio 2010 – 31 marzo 2011 sono pervenute all'Agcom 1008 istanze; di questi procedimenti 41 sono terminati con l'adozione di un provvedimento vincolante, collegiale o monocratico, e in 508 casi le parti coinvolte hanno raggiunto un accordo.

Dalla disamina delle controversie si è stimato che il valore medio degli indennizzi riconosciuti con provvedimento decisorio è di circa di € 400,00, mentre per quanto

riguarda le liti la cui definizione è avvenuta con atto transattivo, l'importo medio risulta essere di circa € 1070,00.

2. Periodo 2003 – 2005

La Delibera 1/03/CIR, avente ad oggetto la controversia tra Sig. Cecchinato/Wind telecomunicazioni S.p.A, iniziata il 13/11/02 si è conclusa con il raggiungimento di un accordo¹ tra le parti il 6 febbraio 2003.

Oggetto della controversia è un disservizio della Società e la non veridicità del contratto sottoscritto (“ADSL libero light”); l'istante sostiene che la velocità di trasmissione dati sia talmente bassa da costituire un inadempimento sostanziale del contratto, e si contesta altresì, ai sensi dell'art. 7 delle condizioni generali del contratto una clausola ritenuta vessatoria relativa al rinnovo tacito del contratto (secondo cui lo stesso è rinnovato di anno in anno in assenza di disdetta da inviarsi mezzo raccomandata con preavviso di 60 giorni dalla scadenza). Wind sostiene che non è possibile parlare di risoluzione del contratto per inadempimento e, in riferimento alla veridicità del contratto, sostiene che questo indichi in modo chiaro e non equivoco le prestazioni del servizio “ADSL libero light”; e che la velocità media di trasferimento non può essere garantita dal momento che dipende da alcune variabili e da fattori strumentali di ogni singolo collegamento.

Nella delibera in esame sono richiamati i principi comunitari relativi ai minimi qualitativi che devono essere garantiti dagli operatori e alla pubblicità ingannevole e

¹ Il 6 febbraio Wind fa una proposta di conciliazione, che la parte accetta, consistente in un *upgrade* del servizio Libero ADSL (il passaggio dalla versione *light* alla versione *fast*) e nel riconoscimento di un importo di € 200 + € 100 a titolo di rimborso spese viaggio sostenute dall'utente, accettata dal signor Cecchinato. L'Autorità ha dichiarato l'improcedibilità dell'istanza formulata dal signor Cecchinato dal momento che è venuto meno il presupposto a fondamento di un intervento dell'Autorità per la definizione della controversia.

alla leale concorrenza. La contestazione relativa al livello del servizio offerto “talmente basso..” può configurare la violazione degli *standard* qualitativi garantiti dal diritto europeo, e sanciti dalla raccomandazione 2001/310/CE. Wind sostiene che sia stato fornito un servizio rispondente a quello indicato nel contratto, ma dalle risultanze istruttorie non risulta; sicché se non c'è stata un'indicazione esaustiva a riguardo, si potrebbero ravvisare gli estremi per poter parlare di pubblicità ingannevole e, conseguentemente, di violazione della leale concorrenza.

Non appare errato sostenere, alla luce delle presunte violazioni di norme comunitarie e del fatto che l'utente non era assistito, che il signor Cecchinato qualora fosse stato affiancato da professionisti avrebbe avuto maggiore consapevolezza della propria posizione e dei relativi diritti che ne derivano e magari non avrebbe accettato le condizioni proposte nell'accordo.

La Delibera 10/03/CIR (Sig.ra Capuano e Telecom Italia S.p.A) è rilevante sotto diversi aspetti, per la particolare complessità del fatto e la conseguente (ed insolita) durata² della procedura ma soprattutto perché ha ad oggetto uno dei motivi più ricorrenti di lamentela: la fatturazione indebita. Oggetto della controversia è il disconoscimento del traffico radiomobile fatturato a partire relativo al periodo V bimestre 2000 - III bimestre 2002.

Si tratta di fatturazione non generata dall'abitazione dell'istante; ciò è stato possibile a causa dell'ubicazione della rete telefonica che era esterna all'abitazione e di facile accesso, inoltre in data 26/3/2002 Telecom Italia dichiara cessata la linea d'utenza della signora ma ciononostante nel successivo periodo settembre–novembre risulta generato traffico telefonico (sia in entrata che in uscita).

Nel corso della procedura l'operatore ha negato la sussistenza di qualsivoglia responsabilità a suo carico, sino a negare il verificarsi delle anomalie tecniche. Tuttavia la complessità ed unicità del caso di specie ha reso necessari ulteriori approfondimenti istruttori³ da parte del Dipartimento Garanzie e Contenzioso al

² Viene proposta istanza dalla signora Capuano il 23 ottobre 2002 e la controversia è definita il 3 luglio 2003; durante tale periodo sono stati svolti due contraddittori tra le parti in relazione alla complessità del fatto e alla sua ricostruzione.

³ Dalle indagini istruttorie è emerso che (i) il traffico radiomobile fatturato dal V bimestre 2000 è stato di molto maggiore rispetto ai consumi medi registrati dalla stessa utenza nei mesi precedenti; (ii)

termine dei quali è emersa una corrispondenza con quanto sostenuto dalla Sig.ra Capuano.

Con la presente delibera non solo l'Autorità ha ritenuto che Telecom Italia S.p.A. non deve considerare la fatturazione indebita del traffico telefonico ma ha altresì indicato quale compito del gestore della rete assicurare tutte le misure necessarie, compatibilmente con l'evoluzione tecnica, atte a tutelare gli utenti da possibili furti di traffico perpetrati attraverso l'accesso al doppino, nonché assicurare un efficace controllo del collegamento in centrale dell'utenza.

Nel caso di specie, dal momento che Telecom non ha effettuato verifica alcuna, si potrebbe configurare una sorta di responsabilità aggravata poiché se avesse operato le dovute verifiche si sarebbe potuto intervenire tempestivamente evitando conseguenze negative all'utente. Tuttavia il comportamento tenuto da Telecom si potrebbe comprendere da un punto di vista "tattico-imprenditoriale"; infatti se la società (consapevole della situazione) avesse posto in essere i necessari controlli, ne sarebbe derivato l'accertamento della sua responsabilità. Pertanto, non pare azzardato pensare che Telecom Italia intenzionalmente abbia omissso di procedere alle necessarie verifiche relativi ai reclami dell'utente.

Particolarmente importante è la Delibera 05/05/CIR con cui l'Autorità ha precisato l'ampiezza dei suoi poteri. In questa controversia l'istante (sig. Berca) richiedeva oltre all'attivazione di un servizio telefonico e di connessione internet anche la condanna di Fastweb S.p.A. al risarcimento dei danni subiti. Alla luce delle risultanze istruttorie sono state ritenute fondate le pretese del sig. Berca, alla luce

l'armadio ripartilinea, sul quale è attestata la linea d'utenza della signora, aveva la serratura rotta; (iii) Telecom Italia non ha prodotto documentazione relativamente all'esperimento di controlli volti ad escludere eventuali accessi non autorizzati sulla linea d'utenza e che, mentre non venivano fatte telefonate dall'abitazione, venivano registrati addebiti sul contatore centrale; (iv) il servizio di autodisabilitazione a chiave numerica installato sulla linea non impedisce furti di traffico realizzati fuori dall'abitazione; (v) nel periodo settembre-novembre 2002 l'utenza della signora ha generato traffico telefonico, ed ha consentito anche l'utilizzo di servizi a pagamento (nel caso di specie la spedizione di un telegramma) nonostante le dichiarazioni di Telecom relativa alla cessazione della linea telefonica in data 26/3/2002.

anche della mancata documentazione di Fastweb ed è stato disposto che l'operatore proceda ad attivare la linea telefonica assicurando un'efficiente connessione ad Internet, entro 5 giorni dalla notifica (precisando che l'utente nulla dovrà alla società relativamente alle fatture contestate per i periodi in cui la linea era staccata).

Per quanto riguarda l'aspetto che in questa sede maggiormente interessa, ossia la richiesta di risarcimento danni, si deve da subito sottolineare che tale potere non risulta essere una prerogativa dell'Agcom. L'Autorità non è, infatti, competente a riconoscere il ristoro dei danni ai sensi degli artt. 1218 e 2043 c.c., dal momento che la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali è prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria. Rientra invece nelle attribuzioni dell'Autorità il potere di riconoscere all'utente un indennizzo da calcolare sulla base dei parametri stabiliti nelle Carte dei servizi da ogni operatore.

Ala luce di queste previsioni e del disservizio sopportato dall'istante relativo al distacco della linea telefonica, con la delibera in esame si è precisato che Fastweb deve rendere al signor Berca un indennizzo di € 2.855,00⁴ per il periodo in cui la linea era staccata⁵.

⁴ L'importo è calcolato in base alla disciplina contenuta nella Carta dei servizi di Fastweb, che prevede l'attribuzione di € 5 per ogni giorno di ritardo nell'attivazione.

⁵ La società nel febbraio 2003 disattiva la linea a causa della morosità dell'utente nel pagamento delle somme fatturategli negando che ci fosse stato un ritardo nell'attivazione della linea ed asseriva che sia la mancata attivazione dell'opzione richiesta che la cessazione della linea fossero state determinate dalla morosità dell'utente nel pagamento delle bollette. L'utente di contro sostiene che il mancato pagamento si giustifica in relazione all'inottemperanza di Fastweb, relativa alla richiesta per il cambiamento dell'opzione che non ha avuto seguito. Si fa luce sulla questione grazie alle risultanze istruttorie dalle quali risulta che nonostante la linea fosse stata disattivata nel febbraio 2003, l'istante abbia continuato a ricevere fatture fino all'aprile 2004

3. Periodo 2006 – 2008

La Delibera 55/06/CIR⁶ ha ad oggetto la disattivazione del servizio telefonico, causata da Telecom per il ritardo nell'esecuzione della procedura di rientro⁷ da altro operatore. Aspetti caratterizzanti tale procedimento sono l'ammissione di responsabilità di Fastweb, l'assenza di Telecom Italia in udienza e la scelta del ricorrente di farsi rappresentare e difendere da un avvocato.

Telecom ha comunicato l'impossibilità a comparire in udienza senza fornire alcuna documentazione circa il ritardo nell'esecuzione della procedura di rientro. E' possibile tale comportamento sia stato la conseguenza di un ragionamento orientato ai costi, ha ritenuto superfluo costituirsi in udienza a seguito della manifestazione di volontà dell'utente di tornare al precedente operatore, consapevole, inoltre, del fatto che avrebbe dovuto pagare, un indennizzo relativo alla sospensione del servizio telefonico. Merita qualche osservazione in più il comportamento di Telecom; la società era ben consapevole che se si fosse costituita avrebbe determinato un precedente che, anche se non vincolante, avrebbe avuto la forza di influenzare le decisioni future ed aiutare difese in casi simili.

Per quanto riguarda la rappresentanza "in giudizio", dallo studio fatto è emerso che solo nei primi anni i soggetti che facevano ricorso a tali procedure non erano

⁶ Definizione della controversia Sig.ra Miccoli/Telecom Italia S.p.A. che si conclude con l'imposizione del pagamento di un indennizzo in capo a Telecom, previsto dall'art. 26 delle condizioni generali del contratto, nella misura di Euro 1.125,00 per 150 giorni di sospensione indebita del servizio telefonico, oltre I.V.A.

⁷ Il fatto può essere ricostruito nel modo seguente: in data 30/11/2004 la ricorrente sottoscrive un contratto con Fastweb, ma il 6/12/2004 – secondo le prescrizioni di legge – recede dallo stesso, informando Telecom il successivo 10 dicembre di non dare corso alle richieste di Fastweb. Quest'ultima, non considerando la disdetta dell'utente, procede all'attivazione di *Unbundling Local Loop* –ULL- (Accesso disaggregato alla rete locale) attraverso l'invio dell'ordinativo di portabilità del numero a Telecom, senza aspettare la decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso. Il 15 dicembre l'utenza viene sospesa fino al 27/01/2005 (relativamente a tale sospensione Fastweb ammette la propria responsabilità offrendo un indennizzo a copertura del pregiudizio subito dall'istante a titolo di composizione bonaria della controversia e un contributo di attivazione per il rientro in Telecom).

affiancati da associazioni né da legali. Da questa constatazione nasce una considerazione: anche se la procedura prevede la non obbligatorietà di assistenza è opportuno avvalersene per una maggiore competenza che fa aumentare la consapevolezza dei propri diritti⁸ e della relativa tutela. Il rovescio della medaglia considera la preoccupazione derivante da tale considerazione, poiché se è vero che la procedura prevede la possibilità di non farsi assistere è altrettanto vero che senza assistenza non si va molto lontano, per cui si ha una situazione allarmante considerato che si ha sulla carta la previsione di una disciplina che in concreto risulterebbe diversa e non effettiva.

Con la Delibera 127/07/CIR⁹, si è intervenuti sull'ambito di competenza dell'Autorità nella definizione delle liti anche attraverso (l'insolito) richiamo delle parti e dell'Autorità ad orientamenti giurisprudenziali a sostegno della propria posizione.

Controverso è l'addebito di somme sotto la voce "spese di spedizione fattura" relativamente al quale l'istante, assistito da Federconsumatori, chiede il rimborso degli importi versati.

Telecom eccepisce l'incompetenza dell'Autorità poiché ritiene che sia competente esclusivamente a decidere sulle controversie aventi ad oggetto *"la violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità"* (ai sensi degli artt. 3 e 13 delibera 182/02/CONS); e sostiene che le spese di spedizione siano aggiuntive rispetto all'emissione della fattura ed imputabili ex art. 1196 c.c. al debitore, e *"pertanto, se "anticipate" da chi ha inviato la fattura, vanno rimborsate dal debitore medesimo, salvo patto contrario"*. L'Autorità ritiene che l'eccezione di incompetenza non sia fondata e che ex art. 1, comma 11, L.249/97 sia competente relativamente a tutte le *"controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di*

⁸ Si sono svolte numerose attività dirette al rafforzamento dei diritti del consumatore/utente, al fine di migliorare l'erogazione dei servizi pubblici, orientandoli sempre più verso una cultura della qualità ed efficienza, ma nonostante ciò, numerose sono le perplessità della tutela prevista per i consumatori. Risulta che nell'ottica della "migliore tutela possibile" è preferibile scegliere di farsi affiancare da persone con specifiche competenze.

⁹ Relativa alla definizione della controversia Saragoni /Telecom Italia S.p.A..

utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze”, comprendendo anche quelle relative alla violazione di diritti che sono comunque riconducibili al rapporto contrattuale di settore¹⁰. Concludendo, non trovando fondamento le argomentazioni difensive di Telecom Italia S.p.A, l'Autorità delibera che la società Telecom Italia S.p.A. è tenuta a corrispondere all'istante, mediante assegno bancario, il rimborso degli importi fatturati indebitamente sotto la voce “spese di spedizione fattura” relativamente ai conti emessi nel periodo di riferimento * 1 gennaio 2002 – 31 dicembre 2006*.

Nella Delibera 20/08/CIR (Marconcini/H3G S.p.A.) emergono due aspetti che meritano particolare attenzione; il primo è il diretto richiamo alla disciplina civilistica, art. 1218 c.c., per determinare l'illegittimità del comportamento posto in essere dall'operatore H3G S.p.A., il secondo è relativo ad un principio di nuova generazione concernente il diritto di scelta dell'utente. Non si può dubitare del fatto che l'utente sia stato tratto in inganno dalla dicitura pubblicitaria promozionale “Offerta valida fino al 30/07/2007” e che se avesse avuto consapevolezza delle differenti condizioni contrattuali, rispetto a quelle indicate nella documentazione, avrebbe operato una scelta differente.

L'Agcom decide sulla controversie relativa: (i) alla mancata attivazione di un servizio da parte di H3G a seguito della sottoscrizione di un contratto, (ii) alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte dell'operatore. L'istante chiede l'attivazione del piano tariffario sottoscritto ovvero la risoluzione del contratto con conseguente monetizzazione del credito residuo e lo “sblocco” del videofonino acquistato.

Durante l'udienza per la discussione della controversia si evince che il 14/07/2007 l'istante ha comperato un videofonino LG e contestualmente acquistato una ricaricabile sottoscrivendo un contratto che prevedeva il piano tariffario “Semplice

¹⁰ Come successivamente specificato dalla delibera 173/07/CONS all'art. 2, comma 1, “*Ai sensi dell'articolo 1, comma 11 e 12 della legge n. 249/97 sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi*”.

3", offerta valida secondo le condizioni contrattuali sino al 31/07/2007. A seguito di tale sottoscrizione la società non ha mai attivato il piano tariffario cui si riferiva il contratto dicendo che il piano richiesto non era più sottoscrivibile dal 9/07/2007, diversamente da quanto comunicato con l'informativa commerciale.

L'Autorità ritiene fondate le pretese dell'istante e che vi sia un inadempimento parziale del contratto (dal momento che H3G ha attivato un piano tariffario differente da quello sottoscritto).

Alla luce della normativa vigente se l'operatore procede ad una rimodulazione delle condizioni contrattuali l'utente ha il diritto di recedere dal rapporto contrattuale¹¹.

4. Periodo 2009-2011

Particolare rilevanza, a parere di chi scrive, ha la Delibera 59/09/CIR, che vede oggetto della controversia un disservizio causato da Opitel S.p.A. nei confronti della sig.ra Manganelli (rappresentata da Federconsumatori Campania). Si lamentava la sospensione del servizio voce e ADSL per il periodo dal 10 gennaio 2006 al 2 febbraio 2006 e ne contesta la relativa fatturazione e precisa inoltre che durante tale periodo la ricorrente ha dovuto usufruire della connessione analogica fatturata dall'operatore a prezzo pieno¹².

¹¹ E' previsto all'art. 4, comma 2, della delibera 9/06/CIR che *"I clienti che aderiscono ad offerte che prevedono il blocco del terminale mobile hanno il diritto di recedere senza penali o costi aggiuntivi dal contratto con il fornitore di servizio qualora quest ultimo proceda a modifiche delle condizioni contrattuali relative al servizio mobile o al blocco dei terminali e le stesse condizioni non siano accettate dal cliente, nelle modalità previste all'art. 70, comma 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche. L'assenza di penali o costi aggiuntivi è riferita anche al blocco del terminale mobile"*.

¹² Dalle indagini istruttorie dell'Autorità è stata accertata un'indebita fatturazione per il periodo indicato di sospensione del servizio (che risulta essere *10 gennaio 2006 – 2 febbraio 2006*, *24 settembre 2007 – 6 novembre 2007*, *10 maggio 2008 – 18 agosto 2008* per un totale di n.168 giorni) e la concatenazione di ingiustificate sospensioni dei servizi forniti dalla Società Opitel S.p.A.. L'Autorità delibera che Opitel S.p.A. è tenuta ad indennizzare il ricorrente nella misura di € 1000, 00 e a provvedere alla regolarizzazione della posizione amministrativa contabile mediante lo storno degli importi allo stato insoluti e (erroneamente) fatturati.

Nel corso dello svolgimento della procedura *“la società non ha fornito alcun riscontro, né ha prodotto alcun elemento probatorio a supporto della propria posizione. Al riguardo, la carenza informativa e documentale da parte della società Opitel S.p.A. si evince non solo dalla posizione rappresentata in sede di udienza, ma anche dalla condotta assunta successivamente dalla predetta società che non si è curata di fornire riscontro alla predetta richiesta di integrazione istruttoria in ordine alle correlate patologie, consistenti nel ritardo nella riparazione del guasto, nell’erronea fatturazione, nonché nelle conseguenti indebite sospensioni.”*

Anche in questo caso l’Autorità, a sostegno della propria decisione fa riferimento ad una pronuncia della Suprema Corte (Cass. Civ. n.2387/04), secondo la quale *“in tema di prova dell’inadempimento di un’obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’adempimento deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, mentre il debitore convenuto è gravato dall’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa, costituito dall’avvenuto adempimento. Anche nel caso in cui sia dedotto non l’inadempimento dell’obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento (anche per difformità rispetto al dovuto o anche per tardività dell’adempimento) gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto, esatto adempimento”*.

Emerge che l’importo totale liquidato è inferiore a quanto la società aveva proposto all’utente per la composizione bonaria della lite (il 30 ottobre Opitel aveva proposto € 1500,00 a titolo di indennizzo). E’ opportuno quindi riflettere sul *quantum* riconosciuto. La prima ipotesi, probabilmente erronea, è che l’Autorità abbia individuato un ammontare inferiore rispetto al dovuto. Questo non è possibile però dato che i margini di discrezionalità in capo all’Agcom sono molto limitati e si tratta di una mera operazione matematica prevista dalla disciplina. Altra possibilità, invece, è da rinvenirsi a seguito di un altro ragionamento e di una valutazione prospettica. L’offerta fatta dalla società durante lo svolgimento dell’udienza il 30 ottobre può trovare la propria *ratio* nell’obiettivo di evitare una pronuncia dell’Autorità ad essa

sfavorevole e quindi evitare un precedente (vincolante) che potrebbe determinare ulteriori procedimenti a cascata nei suoi confronti.

La società Edilizia Tutto Tetto s.n.c. investe l'Agcom (Delibera 70/10/CIR) per la definizione della controversia, relativa allo storno di due fatture dell'importo di € 3.099,52, con la società Wind Telecomunicazioni S.p.A..

A seguito del malfunzionamento dei servizi forniti dall'operatore Wind, l'utente decideva di esercitare il diritto di recesso relativamente a tutte le utenze.

La società Wind emetteva in data 17 novembre 2008, due fatture relative al periodo intercorrente dal 1° settembre 2008 al 31 ottobre 2008, in cui venivano riportati, tra l'altro, costi per recesso anticipato ed addebiti per il noleggio delle apparecchiature telefoniche.

In particolare risulta che le Condizioni generali di contratto dell'operatore non fanno alcun riferimento all'applicazione di penali in caso di recesso contrattuale¹³ e non può non sottolinearsi che la risoluzione contrattuale sia stata una conseguenza diretta del malfunzionamento dei servizi resi da Wind; alla luce di ciò appare quindi inconfutabile che il cliente abbia diritto allo storno delle fatture indebitamente emesse. Sicuramente non passa inosservato il fatto che utente è una società e non una persona fisica; tuttavia la situazione non cambia e si applica la stessa disciplina relativa ai privati intesi quali persone fisiche.

Relativamente al comportamento dell'operatore, che non si è presentato si deve dire che è interpretato negativamente da il comportamento "contumace" di Wind; infatti non solo non si è presentata all'udienza fissata dalla Direzione ma non ha neppure prodotto alcun documento o memoria difensiva.

Infine ad avviso di chi scrive merita un'ultima osservazione la circostanza in sede di determinazione della decisione in cui l'Autorità lascia in capo a Wind

¹³Si sottolinea, inoltre, come il diritto di recesso poteva esercitarsi senza alcuna clausola penale dal momento che trova applicazione l'articolo 1 comma 3 della legge 2 aprile 2007 n.40, secondo cui "*I contratti per adesione ... devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali ... e senza spese non giustificate da costi dell'operatore... le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente articolo i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni*".

l'individuazione di “*eventuali canoni per l'utilizzo degli apparati telefonici riferibili al periodo di vigenza del contratto*”¹⁴.

Rispetto alle delibere dell'Autorità emerge subito una differenza strutturale con quelle adottate dai Co.Re.Com.. In questo caso - Delibera 34/11/Co.Re.Com. Emilia-Romagna (definizione della controversia Pupilli/Vodafone Omnitel N.V.)- ma anche in altre delibere di provenienza regionale che si sono studiate ma non inserite nominativamente in questo breve *excursus*) si ha una trattazione della questione molto simile a quella che solitamente si svolge per la stesura delle sentenze; sono, infatti, analizzati quelli che potrebbero essere definiti i motivi di diritto procedendo poi ad una valutazione per capi.

Il Co.Re.Com. definisce, *ex artt.* 14 e ss. del. AGCOM 173/07/CONS, la controversia in essere tra il Sig. Pupilli e la società Vodafone Omnitel N.V.. Si contesta un inadempimento contrattuale da parte di Vodafone, consistente nella mancata attivazione del servizio relativo alla Vodafone Station; la mancata risposta ad un reclamo; l'illegittima sospensione senza preavviso della linea mobile per presunta morosità.

Ritenendo la domanda fondata si riconosce in favore dell'istante la corresponsione di un indennizzo per ogni giorno di ritardo e si giunge ad un indennizzo pari ad euro 670,00 (prevede 10,00 euro per ogni giorno di ritardo per ogni ordine ricevuto). Tuttavia, il Co.Re.Com. non riconosce alcun diritto relativamente alla mancata risposta al reclamo dal momento che l'istante non è stato in grado di presentare alcuna documentazione a riguardo.

Si riconosce il diritto ad un proporzionato indennizzo per la sospensione senza preavviso della linea telefonica mobile per un periodo di ventisette giorni che si riconosce nell'ammontare pari ad euro 278, 91.

Nelle delibere adottate a livello regionale molto importante è l'espresso riferimento all'art. 19, c. 3, delibera AGCOM 173/07/CONS secondo cui il provvedimento di

¹⁴ Si legge nella delibera che Wind Telecomunicazioni S.p.A. è tenuta a provvedere allo storno delle due fatture per l'importo complessivo di euro 3.099,52 fatti salvi eventuali canoni per l'utilizzo degli apparati telefonici riferibili al periodo di vigenza del contratto.

definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'art. 98, c. 11, d. lgs 259/2003.

5. Peculiarità delle pronunce.

Dall'analisi della prassi dell'attività dell'Agcom si possono definire alcuni tratti comuni. Innanzi tutto si possono individuare alcuni aspetti ricorrenti relativi alle tematiche oggetto di ricorso all'Autorità; si è, infatti, notato che le problematiche ricorrenti nelle procedure di definizione delle controversie riguardano principalmente la mancata attivazione, il ritardo nell'attivazione o nel rientro, il mancato trasloco di utenza, la fatturazione indebita e l'attivazione di servizi non richiesti.

Numerosi sono stati i casi in cui l'Autorità è stata adita anche per la tutela di lesioni di interessi cui corrispondeva un modico valore economico. Tale aspetto, sintomatico della volontà di vedere attuata una "giustizia" in tutti i casi in cui si è subito un pregiudizio, prescindendo dal valore economico della lite, è particolarmente rilevante ai fini della presente ricerca. In assoluto è importante per tracciare i confini dei mezzi di tutela previsti dall'ordinamento italiano ed ampliarli, considerando che tale previsione è comunque possibile laddove i costi di tali procedure continuino ad essere contenuti (si pensi ad adire un tribunale per il pagamento non dovuto di 5 € per l'utilizzo di un modem in comodato d'uso¹⁵).

Altro aspetto su cui riflettere, emerso dallo studio delle pronunce dell'Autorità, è relativo alle conseguenze circa la scelta di essere assistiti o meno nel corso della procedura da una figura professionale. Si è notato che nel primo periodo di attività dell'Agcom era più elevata la percentuale dei casi in cui gli utenti si presentavano autonomamente innanzi all'Autorità, senza alcun rappresentante. Nel corso degli anni, l'orientamento si è modificato, come se si fosse verificata una sorta di controtendenza in cui sempre più frequentemente gli utenti decidevano di ricorrere ad un difensore, nella veste di associazione di consumatori piuttosto che in quella di

¹⁵ Delibera 53/06/CIR, definizione della controversia Edgardo Pinto Guerra / Wind Telecomunicazioni s.p.a.

avvocato. A questo cambiamento si possono dare due motivazioni, la prima empirico-fattuale e la seconda di ordine pragmatico e relativa all'accuratezza della tutela.

In base al primo ordine di motivazione, di immediata percezione, si pensa che gli utenti che di volta in volta lesi nei propri interessi abbiano iniziato a porre maggiore attenzione alle pronunce adottate dall'Autorità sino a notare il fatto che nei casi in cui gli utenti erano rappresentati l'esito risultava per gli stessi più vantaggioso.

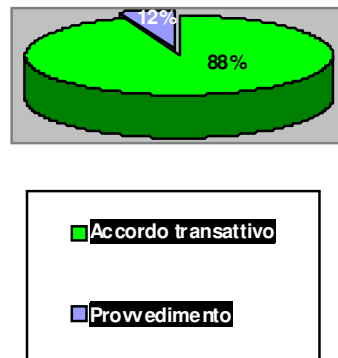
Alla luce della seconda motivazione, invece, si sostiene che gli utenti ritengano più opportuno ricorrere ad una figura professionale che abbia specifiche competenze in considerazione del fatto che, nonostante le numerose politiche in difesa del consumatore, sono consapevoli della posizione contrattuale che rivestono e del relativo (inferiore) potere che hanno rispetto ad un operatore telefonico, attore del mercato. Pertanto, consapevoli delle difficoltà oggettive di tali procedure e dell'alto tecnicismo che le governa, preferiscono fare ricorso ad una difesa assistita.

A seguito delle considerazioni appena svolte, pare essere di fronte ad una discrasia del sistema. Non si ha, infatti, corrispondenza tra le previsioni normative e la realtà concreta che tali disposizioni va a regolare; ove ciò fosse corretto, si avrebbe sulla carta la previsione di una disciplina che in concreto, a causa di una limitata effettività della stessa, non appare idonea a tutelare i soggetti coinvolti sì da determinare in capo a questi una sorta di scelta obbligata nel senso di una difesa assistita. Anche se la procedura prevede la non obbligatorietà di assistenza risulta, invece, opportuno avvalersene perché di fatto l'esito della decisione può variare considerevolmente¹⁶.

Dallo studio fatto si riscontra, inoltre, un aumento della percentuale delle controversie che non sono giunte ad un accordo tramite il tentativo obbligatorio di conciliazione.

¹⁶ Si pensi ad una società di telecomunicazioni, assistita da esperti in materia, che al "tavolo della conciliazione" offra sì un accordo conveniente per la controparte ma che, ad un'analisi più accurata, risulta essere più conveniente per la società stessa. Si immagini la stessa situazione, ma questa volta con la variante che l'utente sia affiancato da un'associazione, o semplicemente da un esperto, e che grazie a questa figura abbia una maggiore consapevolezza della propria posizione e dei propri diritti. E' intuitivo che il consumatore probabilmente non accetterebbe quanto avrebbe accettato se non affiancato da questo soggetto.

Se da un lato non può non considerarsi l'aumento considerevole del numero delle istanze proposte corrisponda, statisticamente, un aumento anche del numero delle istanze che non si concludono con un accordo tra le parti, dall'altro non può non considerarsi il mancato accordo proprio quale conseguenza di quanto appena detto relativamente all'incremento della difesa assistita.



*Istanze di definizione degli
anni 2004- 2010*

Fonte Agcom.

Ben potrebbero verificarsi, infatti, situazioni in cui un difensore non accetti un accordo perché lo ritenga non adeguato e, viceversa, che un utente di fronte alla medesima proposta transattiva, l'accetti. Ogni decisione è un compromesso ed è soggetta ad una valutazione che cambia da persona a persona, quello che è sufficiente per Tizio può non esserlo per Caio e viceversa, ed ogni situazione ha il suo rovescio della medaglia; per cui non può sostenersi con assoluta certezza che sia più opportuno essere difesi né che sia meno svantaggioso dar corso alla procedura autonomamente.

Altra considerazione che si ritiene opportuno fare è la rilevata non uniformità nel *modus procedendi* da parte dei soggetti preposti alla trattazione delle controversie. Fermo restando il principio di uguaglianza formale e sostanziale sancito all'art. 3 della Costituzione, è tuttavia emerso che in alcuni casi l'Autorità ha affrontato in modo diverso la trattazione di alcune controversie. In particolare si è riscontrato, in alcuni casi, un maggiore approfondimento del fatto attraverso indagini istruttorie più

complesse ed articolate o semplicemente una descrizione più particolareggiata della fattispecie e, in altri casi, una trattazione meno minuziosa e più snella.

Questa differenza nel modo di affrontare le controversie sottoposte all'attività dell'Agcom, oltre ad essere lo specchio di inclinazioni personali piuttosto che di necessità dovute ad una maggiore o minore complessità della fattispecie, risente sicuramente anche del trascorrere degli anni e delle modifiche inevitabili che si sono attuate, con l'adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche e di altre fonti normative di rango superiore, quali le direttive di ultima emanazione, ed inferiore, come i regolamenti interni dell'Autorità.

Dato sicuramente inconfutabile e molto rilevante ai fini dello studio che si sta svolgendo è l'aumento esponenziale del numero di istanze presentate all'Autorità e le relative decisioni adottate, sia a livello locale, sia a livello centrale. Indice che un numero sempre crescente di soggetti si rivolge all'Agcom e ai comitati regionali quali soggetti (alternativi) per la tutela dei propri diritti.

Immediata è l'osservazione che una procedura sia aperta e soggetta a modifiche in base alle esigenze che si ripropongono nel corso degli anni. Non appare quindi strano che si sia notato anche un mutamento nel modo di elaborare le delibere per la decisione delle controversie. Ciò si evince *prima facie* da un mero dato materiale, ossia dall'aumento di pagine per la formulazione delle delibere. Effetto, questo, che potrebbe trovare la propria causa nel proliferare della normativa di settore (rispetto a qualche anno fa), nella crescente consapevolezza da parte del consumatore dei propri diritti, oppure nel fatto che l'Autorità dapprima più "simile a se stessa" stia gradualmente iniziando a risentire dell'influenza del mondo giurisdizionale, assorbendo alcuni elementi propri delle sentenze, ed avvicinando in questo modo la forma delle delibere a quella delle sentenze. Questa sorta di traslazione dal mondo giurisdizionale a quello amministrativo è particolarmente riscontrabile se si analizzano alcune delibere di definizione delle controversie adottate dai comitati regionali.

Si considerano in primo luogo la tecnica di redazione, poi le modalità relative all'esposizione del fatto e la motivazione delle decisioni, tutti elementi che

concorrono a determinare il contenuto della sentenza del giudice¹⁷ e, anche, della delibera dell'Autorità.

Le pronunce assunte nel nome del popolo italiano, contengono i seguenti elementi (che seppur denominati diversamente nelle delibere dell'Autorità, sono in esse presenti):

- l'indicazione del nome e del cognome delle parti e dei loro avvocati;
- il tenore delle domande;
- una succinta esposizione dei motivi di fatto e di diritto;
- il dispositivo;
- l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa;
- l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui la decisione è pronunciata;
- la sottoscrizione dei consiglieri che hanno pronunciato la decisione, con l'indicazione dell'estensore e la firma del segretario.

Anche nelle decisioni adottate dall'Autorità sono soddisfatti questi elementi, cominciando dall'individuazione delle parti e dall'accertamento del fatto, che costituisce la premessa necessaria per poter determinare i motivi di diritto che portano all'adozione di ogni decisione.

Dalla prassi giudiziaria sembrano altresì essere state mutate anche le tecniche di redazione del fatto. La decisione dell'Autorità, muove dall'atto introduttivo della procedura, per passare poi alla descrizione del provvedimento impugnato o del comportamento che ha determinato l'instaurazione della procedura, e poi ai motivi di censura. Una peculiarità che sembra notarsi è che la decisione dell'Agcom/Co.Re.Com. attribuisce maggiore rilevanza al fatto storico che sta alla base dell'azione proposta dal ricorrente. Ciò sicuramente perché deve valutare in primo luogo se rientra nella sua sfera di competenza e perché, in caso positivo, deve

¹⁷ Spesso vengono utilizzati come sinonimi i termini "decisione" e "sentenza". Il primo è quello tradizionalmente riferito al Consiglio di Stato – a causa dell'incerta natura, amministrativa o giurisdizionale, della Quarta Sezione, definita poi nel 1907 con il regolamento di procedura del Consiglio di Stato – r. d. 17 agosto 1907, n. 642 - come giurisdizionale. Nella prassi si adopera il termine sentenza per le pronunzie dei tribunali amministrativi regionali.

individuare la disciplina che farà da cornice alla controversia; inoltre è particolarmente rilevante la ricostruzione del fatto (in genere) perché solamente avendo ben chiaro la fattispecie, anche a seguito di indagini istruttorie, è possibile richiamare correttamente le norme rilevanti nella fattispecie concreta. Inoltre senza una corretta ricostruzione del fatto non è possibile neppure capire gli interessi sottesi e le posizioni giuridiche lese.

Nonostante i diversi punti di contatto individuati non è, tuttavia, possibile tracciare con assoluta certezza similitudini e differenze con le pronunce giurisdizionali dal momento che è opinabile che esista un rigido ordine di trattazione delle questioni, nella stesura delle delibere, come in quella delle sentenze, ed è logico e naturale che si risenta della formazione professionale e dello stile del singolo relatore.

A dispetto delle venature personali che possono rinvenirsi nelle pronunce, in relazione alle decisioni analizzate si nota che, con il trascorrere degli anni, il fatto sia stato progressivamente oggetto di una trattazione sempre più particolareggiata ed anche il ricorso alle indagini istruttorie risulta più frequente a fronte della spesso scarsa documentazione offerta dalle parti, soprattutto da parte degli operatori. Particolare rilevanza rivestono, alla stregua dei provvedimenti cautelari di cui si può disporre in sede processuale e a cui automaticamente sono paragonati, i provvedimenti temporanei che l'Autorità può adottare in materia di sospensione del servizio.

Queste ultime considerazioni hanno dato la possibilità di svolgere ulteriori osservazioni sulle posizioni ricoperte dall'operatore e dall'utente. Sebbene sia indiscusso che i due soggetti si trovino su due piani ai quali corrisponde un potere d'azione (e soprattutto di "non-azione") molto differente, non si possono non scorgere i tentativi fatti a livello normativo e di prassi per tentare di riequilibrare questa disuguaglianza fisiologica e naturale.

Tutto quanto sino a questo momento rilevato, può essere stato quindi causa o con-causa dei mutamenti individuati nei modi di procedere dell'Autorità.

E' opportuno svolgere alcune osservazioni relativamente alla natura delle decisioni adottate da un organo giurisdizionale e da un'autorità amministrativa indipendente, rispettivamente, nelle forme della sentenza e della delibera. Sebbene vi sia un sostanziale e non marginale aspetto che le accomuna, consistente nella medesima

ratio, ossia decidere con effetto vincolante tra le parti la fattispecie controversa, non può passare in secondo piano ciò che differenzia i due atti di cui si discorre. Nonostante in entrambi i casi attraverso la decisione della fattispecie concreta si pongono indirettamente delle regole per i casi futuri, diversa è la natura che sottende ciascun atto: la sentenza è un atto giurisdizionale e la delibera è un provvedimento amministrativo.

Secondo Liebman¹⁸, la sentenza costituisce l'atto giurisdizionale per eccellenza, mediante il quale il giudice che la emana, a seguito del processo di cui è stato investito, esprime il suo giudizio che ha efficacia vincolante tra le parti relativamente al caso concreto; concetto condiviso da Patroni Griffi il quale dice che "La sentenza costituisce l'esito ordinario di un giudizio, il provvedimento con il quale il giudice esercita la funzione del *ius dicere*, cioè di decidere, con effetto vincolante tra le parti, quale che sia la *regola* del caso concreto: la sentenza, in altre parole, è la decisione del giudice"¹⁹.

E' possibile parlare di sentenza da un duplice punto di vista, uno di carattere formale e uno di carattere sostanziale. Per quanto riguarda il primo, "sentenza" potrebbe essere definita quale provvedimento (del giudice) a formazione progressiva conclusivo di un processo articolato in diverse fasi e che ha un contenuto predeterminato dalla legge²⁰; dal punto di vista sostanziale, invece, è volta a rappresentare la convinzione del giudice sul rapporto controverso alla luce della legge applicata.

Nonostante alcuni riferimenti normativi, il legislatore non ha fornito alcuna definizione esaustiva, come se avesse voluto delimitarne solamente il fulcro per

¹⁸ *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980.

¹⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Continua dicendo che finalità della sentenza sono garantire la certezza dei rapporti e assicurare la verità, intesa quale giustizia, ossia rispondenza degli interessi coinvolti nella fattispecie alla previsione generale e astratta della norma.

²⁰ Libro primo (Disposizioni generali), Titolo IV (Degli atti processuali), Capo I (Delle forme degli atti e dei provvedimenti), Sezione III (Dei provvedimenti), Artt. 131-135 c. p. c..

lasciare spazio alle interpretazioni degli studiosi²¹ nelle diverse epoche storiche e poterne valutare eventuali differenze o sfumature che si possono verificare.

Per quanto riguarda l'attività svolta innanzi all'Autorità e dall'Autorità, si deve specificare se si tratta di accordo tra le parti ovvero di decisione adottata dall'Agcom. Nel primo caso, infatti, non appare corretto parlare di un accordo amministrativo *stricto sensu*, ex art. 11 L. 241/90, considerato che il verbale di conciliazione non è preceduto da una determinazione dell'organo che è competente all'adozione della decisione; piuttosto si configura come una transazione alla quale viene data forza di titolo esecutivo a seguito della sottoscrizione operata da un pubblico ufficiale.

Discorso differente deve invece farsi riguardo alla decisione adottata dall'Autorità per dirimere la controversia che le è stata sottoposta. In relazione a tali delibere, si rinviene dagli artt. 17, 18 e 19 della Delibera 173/07/CONS, che la decisione finale ha una natura provvedimentale²², in quanto l'Autorità manifesta la propria volontà (avente rilevanza esterna) nell'esercizio dei suoi poteri.

²¹ Si legga F. CARNELUTTI in *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936 il quale sostiene che la sentenza sia una manifestazione di volontà dell'organo giudicante; A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Milano, 1962, p.28-29, la sentenza è "l'atto con cui lo Stato, a mezzo dell'organo della giurisdizione a ciò destinato (giudice), applicando la norma al caso concreto, accerta quale tutela giuridica di diritto obiettivo concede a un determinato interesse". Sull'argomento si vedano inoltre G. CHIOVENDA in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, e A. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

²² Sul tema del provvedimento amministrativo molti studiosi hanno provato ad elaborare una definizione che non è stata fornita dal legislatore, come avvenuto ad esempio in Germania all'art. 35 della legge tedesca 1976 sul procedimento. Al di là di alcuni riferimenti normativi (art. 1 comma 1 bis L. 241/90 e art. 26 T.U. leggi del Consiglio di Stato) la prima importante differenza da fare è tra l'atto amministrativo e il provvedimento di cui costituisce una *species*, e che secondo alcuni (R. GAROFOLI) il primo –durante il susseguirsi delle fasi procedurali- è preparatorio al secondo – cui fisiologicamente tende un procedimento. Si veda inoltre M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950 e *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954 VII; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003; S. CASSESE (a cura di) *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2006; E. CASETTA., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

Non meno agevolmente si percepisce come mediante tale decisione si va ad insistere su una determinata situazione giuridica, modificandola, al fine di realizzare un interesse pubblico particolare²³; nel caso di specie l'interesse pubblico attiene alla corretta fruizione del servizio di telecomunicazione che si realizza di volta in volta attraverso le singole pronunce dell'Autorità.

Altro aspetto molto rilevante è la durata dei giudizi. Riveste una importanza particolare se si considera il profilo dell'effettività della tutela; se da un lato è vero che le delibere dell'Autorità sembrano sempre più delle sentenze, è altresì vero che ad una trattazione della lite sempre più particolareggiata e risultanze istruttorie sempre più approfondite, la durata delle procedure continua ad essere molto breve, soprattutto se paragonata alla durata media dei processi.

In relazione all'alternatività che caratterizza la procedura per dirimere le controversie predisposta dall'Agcom, è opportuno sottolineare due aspetti: la possibilità di ricorrere ai rimedi giurisdizionali e la specializzazione dei giudicanti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si sottolinea che anche se in prima istanza ci si è rivolti al fine di ottenere l'intervento dell'Autorità, una volta esperito tale rimedio resta nella disponibilità del soggetto di ricorrere ai rimedi giurisdizionali, secondo la previsione dell'art. 113 Cost. *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”*. Il secondo comma continua in tal senso dicendo *“Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”*. L'art. 1, c.XXVI, della L. n. 249/1997 prevede la possibilità di impugnare, entro sessanta giorni dalla notifica, la delibera emessa dall'Autorità, innanzi al TAR Lazio in sede di giurisdizione esclusiva. Secondo il comma terzo dell'art.113 Cost. *“La legge*

²³ In materia di provvedimento amministrativo si legga A.M. SANDULLI, *op. cit.*, in cui si dice che il procedimento amministrativo può essere definito come la *forma della funzione*, ossia come il tramite, attraverso una serie coordinata di attività ed atti procedimentali, tra due situazioni statiche: il potere (momento iniziale dell'attribuzione) e il provvedimento (momento finale della produzione). Si legga inoltre F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, op. cit.*; G. MORBIDELLI, L. MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993; F.G. SCOCA, *op. cit.*; M.S. GIANNINI, *op. cit.*

determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione dei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”.

Il secondo aspetto attiene alla specializzazione dei soggetti dai quali proviene la decisione adottata dall'Autorità. E' di immediata comprensione che soggetti preposti all'esercizio di una particolare attività sviluppino nel corso degli anni un'esperienza tale da poter essere considerati esperti del settore di cui si occupano. Niente di diverso avviene anche all'interno dell'Agcom, dove soggetti (che dovrebbero essere) dotati di particolare professionalità e competenza adottano delle decisioni in nome e per conto dell'Autorità. Tale professionalità, circoscritta ad alcuni settori delle tlc, è molto elevata e caratterizzata, oltre che da conoscenze del diritto generale e settoriale, anche da conoscenze tecniche di cui spesso i giudici togati sono sprovvisti. Detto ciò appare, in conclusione, opportuno ribadire che le ADR sono alternative alla giurisdizione e offrono strumenti diversi e ulteriori rispetto a quelli giurisdizionali e che quindi, *a contrario*, questi ultimi non esauriscono la gamma degli strumenti di tutela previsti dal nostro ordinamento.

6. Valutazioni conclusive.

Da quanto sinora esposto si può rilevare il progressivo incremento dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Pertanto alla luce delle considerazioni svolte si può dire che non pare erroneo parlare di una forma (alternativa) di giustizia. Si deve inoltre considerare che la maggior parte delle vertenze proposte sono le c.d. *small claims*, ossia vertenze di modesto valore economico, situazioni in cui non si avrebbe la possibilità di veder adeguatamente tutelati i propri diritti o per le quali i costi troppo elevati del ricorso giurisdizionale finirebbero per scoraggiare i consumatori.

Il sistema dei rimedi alternativi nella materia considerata costituiscono un apparato a sé che gestisce i conflitti in maniera effettivamente alternativa e specializzata rispetto a come potrebbe fare la giurisdizione ordinaria ma non si tratti di rimedi effettivamente alternativi alla giurisdizione, perché altrimenti verrebbe a

pregiudicarsi il diritto di azione in sede giudiziale, garantito dall'art. 24 Cost.. Tuttavia, in considerazione del fatto che al termine di tali procedure le parti possono essere insoddisfatte, e che la decisione dell'autorità è sempre impugnabile innanzi al giudice amministrativo, si deve osservare che non è automatico che all'aumento dei rimedi corrisponda un miglioramento dell'offerta complessiva di giustizia.

Sicuramente ciò che caratterizza principalmente tali procedure è la previsione della definizione delle controversie con atto vincolante, preceduto dall'esperimento della fase conciliativa tra le parti. Caratteristica della conciliazione è che costituisce una fase obbligatoria ma non vincolante oltre ad essere una condizione di procedibilità per l'azione giurisdizionale (successiva ed eventuale). Altri aspetti fondamentali, ulteriori rispetto alla fase decisoria, eventuale e vincolante, esercitata dall'Agcom o dai Co.Re.Com. competenti, è la possibilità di emanare dei provvedimenti di sospensione temporanea in caso di urgenza e gravi e persistenti violazioni.

Volendo procedere ad una sintesi riepilogativa di alcuni degli aspetti positivi per ricorrere all'Autorità, si può osservare quanto segue.

Sicuramente di primo rilievo è la celerità della procedura. Di fondamentale importanza è la certezza e la brevità dei tempi, soprattutto se paragonati a quelli medi di un processo civile. Elemento parimenti importante attiene all'aspetto economico; questi sistemi, infatti, si caratterizzano per un elevato contenimento dei costi procedurali. Anche in questo caso l'economicità dell'attività predisposta da Agcom o Co.Re.Com. fa ancora più eco se paragonata ai costi relativi ai giudizi ordinari, a partire dalla parcella degli avvocati sino alle spese di giudizio liquidate dai giudici. A tal proposito non pare possibile sollevare alcuna obiezione, neppure in relazione alla prestazione degli avvocati, che alla luce dell'andamento del mercato sono tenuti a contenere il prezzo relativo alla prestazione della propria opera, se non altro per evitare di rifondere la rappresentanza di un soggetto che altrimenti si rivolgerebbe ad un'associazione di consumatori o ad altri legali del settore.

Ulteriore dato riscontrato, secondo quanto emerso dalle risposte ottenute ai questionari, sia al Sud, sia al Centro, sia al Nord, è la notevole importanza attribuita alla competenza e professionalità dei soggetti che intervengono nelle procedure dell'Autorità. Come già accennato nel paragrafo precedente, il fatto che si tratti di un settore molto tecnico retto da conoscenze specifiche e settoriali che si aggiungono

alle conoscenze di un giurista, qualifica l'esercizio di tale potere come aspetto di primaria importanza, aspetto che difficilmente potrebbe essere garantito in una sede differente.

Altro dato molto importante che merita un'analisi è quello della rappresentanza legale, infatti sebbene ci sia una preferenza nel farsi assistere, tale dato non è assoluto ed è opportuno fare qualche considerazione in merito alla scelta e alle sue conseguenze in fase decisionale, ossia sulla probabilità di successo dei ricorrenti. Inoltre non appare erraneo asserire anche che è consuetudine che tutti coloro che ne hanno la possibilità richiedono tale rappresentanza, poiché la procedura e i termini previsti costituiscono un notevole ostacolo al successo dell'azione²⁴.

Concludendo, si tratta di rimedi aggiuntivi che ci si auspica continuino ad avere costi contenuti, tempi brevi e certi e che siano sempre aggiornati periodicamente al fine di essere costantemente rispondenti alle esigenze concrete della società.

²⁴ Seppure in altri tempi e riferendosi agli Administrative Tribunals, si esprimeva S. BOYRON, *Veille de droit administratif anglais, Droit Administratif*, 2007.

CAPITOLO QUARTO

UNA COMPARAZIONE CON L'OFCOM BRITANNICO

1. Storia della regolamentazione del settore delle telecomunicazioni (cenni).

La storia delle comunicazioni nel Regno Unito inizia nel lontano 1660 quando Re Carlo II decise di nazionalizzare il servizio postale¹, nato nel 1657 a seguito dell'istituzione del *General Post Office* (GPO) ad opera di Oliver Cromwell. Successivamente molti interventi si sono susseguiti, dal *Telegraph Act* del 1863 a quelli del 1868 e 1869 con cui si sono nazionalizzati i servizi forniti a mezzo telegrafo precedentemente in capo a compagnie private.

In seguito, con l'invenzione del telefono nel 1876 da parte di Alexander Graham Bell, si vennero a creare delle tensioni tra i diversi mezzi di comunicazione; per mettere fine a tali problemi, si ricondusse il telefono alla disciplina del *Telegraph Act*, inducendo, quindi, le compagnie telefoniche a fornirsi delle necessarie autorizzazioni previste dal TA.

Nel corso degli anni '70-'80 del secolo scorso si avvertì la necessità di limitare l'intervento dello Stato e si avviò un processo volto all'eliminazione dei monopoli statali. L'allora Primo Ministro Thatcher rivisitò il sistema di welfare presente nel Regno Unito ed iniziò una profonda opera di cambiamento politico.

Nel 1981 con il *Telecommunication Act* (TA) si suddivideva il GPO in due soggetti: il *Post Office* e la *British Telecom* (BT)². Il TA non prevedeva alcuna limitazione in capo a *British Telecom*, pertanto fu subito chiaro che il *Telecommunication Act* non rappresentasse uno strumento adeguato per la promozione della concorrenza. Il

¹ Per una panoramica sull'evoluzione del sistema inglese delle telecomunicazioni si veda I. WALDEN *Telecommunications Law and Regulation*, Oxford, 2009.

² La separazione ufficiale avvenne il 1° ottobre 1981, giorno noto come *Vesting Day*.

Governo era titolare del potere di concedere le licenze per lo svolgimento dell'attività nel settore delle telecomunicazioni. L'anno successivo il Governo annunciava di voler privatizzare BT; con il *Telecommunication Act del 1984* si istituì il *Director General of Telecommunications* (DGT) quale autorità regolatoria indipendente, si privatizza BT e si liberalizza il mercato rilasciando all'operatore *Mercury* la necessaria licenza. Tuttavia, nonostante tali interventi, non vi erano le condizioni per giungere ad una concorrenza effettiva dal momento che BT continuava a detenere il sistema di reti ed era un operatore verticalmente integrato. Furono, quindi, necessari interventi pro competitivi che rendessero possibili l'accesso sul mercato.

Con finalità regolatorie fu istituito un *Government Department*: l' *Office for Telecommunication* (Ofel).

Obiettivo di Ofel era quello di promuovere la concorrenza attraverso la regolazione del settore delle telecomunicazioni. Funzioni principali erano la determinazione di una tariffa di accesso alla rete di BT, la predisposizione di elementi che determinassero la riduzione del grado di non concorrenzialità del mercato, e i controlli volti a verificare la corretta applicazione della licenza rilasciata da BT e la gestione con il *Secretary of State of Trade and Industry* nel rilasciare le licenze.

L'Ofel era un dipartimento del Governo che si componeva di un *General Director of Telecommunication* nominato e revocato ad opera del *Secretary of State of Trade and Industry*³.

Si può dire che dalla fine degli anni Ottanta sino al 2003, l'Ofel e il *Telecommunication Act del 1984* hanno caratterizzato il sistema delle telecomunicazioni della Gran Bretagna.

Lo scenario è cambiato nel 2002-2003 con l'adozione dell'*Ofcom Act*, prima, e del *Communication Act*, poi. Con tale legge si sono attuati due importanti cambiamenti: da un lato si è potuto dare attuazione, a livello nazionale, a quanto previsto dalla disciplina contenuta nel pacchetto di direttive comunitarie del 2002; dall'altro lato,

³ Riguardo l'indipendenza dell'Ofcom in dottrina vi sono posizioni discordanti. Secondo alcuni, C. SCOTT, C. HOOD, G. AMATO, si tratta di un'autorità semi indipendente, al contrario di D. GERARDIN e M. KERF che la considerano quale autorità indipendente tout court.

proprio per essere in linea con l'evoluzione comunitaria del settore delle telecomunicazioni, si è proceduto ad istituire l'Ofcom, *Office of Communication*.

2. L'Autorità delle Telecomunicazioni nel Regno Unito

Il settore delle telecomunicazioni è un settore di grande interesse e uno dei pochi che, nonostante la crisi economica globale cui stiamo assistendo, non risulta essere in forte recessione. Non è un caso, quindi, che nelle singole realtà nazionali sia possibile individuare oltre che norme volte a regolamentare⁴ i comportamenti degli attori che vi operano e a tutelare gli utenti che usufruiscono dei servizi⁵, un'autorità che vigila sul corretto operare di tutti i soggetti che ne fanno parte.

Nel 2002 con l'adozione dell'*Ofcom Act* è stato istituito l'*Office of Communication*, Ofcom, che ha sostituito l'*Office of telecommunications* (Of tel); con questo intervento si è anticipato quanto ha poi disposto il *Communications Act 2003* (CA). L'Ofcom è stato inizialmente stabilito dall'*Office of Communications Act del 2002* e ha ricevuto la sua piena autorità dal *Communications Act del 2003*.

Ufficialmente operante dal 29 dicembre 2003, con l'Ofcom si è operata una ridefinizione della regolamentazione e delle competenze dell'Autorità facendo

⁴ Daintith identifica quattro significati di regolazione: (i) *as simply governing according to rules*; (ii) *associated with economics, opposes regulation to markets and employs the former term to describe all activity of the state which determines or controls or alters the operation of markets*; (iii) *as one of a variety of instruments such as subsidies and taxation by its "command and control" characteristics*; (iv) *concerning with the legal rules and measures which express such command and control arrangements*. Secondo Graham di fondamentale importanza è la *self-regulation* intesa quale *delegation of public policy tasks to private actors in an institutional form, and became a means for the government to accomplish particular policy ends*.

⁵ Per una panoramica generale in materia di telecomunicazioni si veda *Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Direction*, R.R. BRUCE, R. MACMILLAN, J. ELLAMT, H. INTVEN, T. MIEDEMA, *International Telecommunication Union*.

convergere le diverse funzioni di regolamentazione, delle tlc e della radio-televisione, in capo ad un unico soggetto.

Con l'istituzione di questa nuova Autorità di regolazione dei media, l'Ofcom, si è proceduto a riunire in un unico soggetto, sostituendoli, i cinque precedenti regolatori operanti nel settore delle comunicazione⁶:

- *Broadcasting Standards Commission* (BSC), precedentemente competente per le norme in materia di radiodiffusione;
- *Independent Television Commission* (ITC), in precedenza competente in materia di autorizzazioni e di supervisione sui servizi televisivi (non pubblici);
- *Director General Commission* (DGT) in precedenza responsabile della gestione dell'*Office of Telecommunication* (Ofel) del Regno Unito e quindi avente il compito di garantire un adeguato servizio di telecomunicazioni e di fare rispettare le norme di settore;
- *Radio Authority*, in precedenza responsabile in materia di autorizzazioni e della supervisione dei servizi di radiodiffusione
- *Secretary of State*, precedentemente responsabile della regolamentazione in materia di assegnazione e supervisione dello spettro radio (non militare) nel Regno Unito.

Uno degli obiettivi centrali che si prefiggeva il CA era il trasferimento all'Ofcom delle funzioni, delle responsabilità e dei poteri per la regolamentazione del settore delle telecomunicazioni, in considerazione anche degli oneri derivanti dal contesto del mercato. Alla luce di ciò, si è spostata la responsabilità dai singoli organismi di regolamentazione (appena indicati) ad un unico organismo: l'Ofcom. Questo "passaggio" sembra essere una delle conseguenze dell'attuazione a livello nazionale del pacchetto di direttive comunitarie del 2002⁷. Una delle principali ragioni che hanno determinato l'istituzione dell'Ofcom, oltre alla difficoltà di coordinare le attività svolte dai precedenti regolatori, è stata l'introduzione nel quadro

⁶ P. TRIVENS, H. KEMMITT, K. JONES, *The UK Market for Electronic Communications*, 2005 Baker&McKenzie, London.

⁷S. WEINSTEIN, *Ofcom, Information-Convergence and the Never Ending Drizzle of Electric Rain*, *International Journal of Communications Law and Policy*, London, Winter 2003/2004.

regolamentare comunitario di nuove previsioni e standard. Infatti alla luce delle disposizioni comunitarie di seconda generazione, risultavano sempre più dettagliate le direttive relative all'organizzazione e all'attività delle autorità nazionali di regolazione e sembrava che sempre meno spazio fosse lasciato all'autonomia di tali soggetti; è come se si fosse realizzata una sorta di compressione della sfera di autonomia dell'autorità nazionale e una sua forte "europeizzazione".

L'Ofcom può essere considerata una struttura complessa, articolata in *boards*, ossia commissioni interne, che ha come referente il Parlamento; ciononostante si differenzia dal precedente organismo (Of tel) che si caratterizzava per essere un'agenzia governativa, secondo le disposizioni del *Telecommunication Act* del 1984⁸.

Per quanto attiene alla struttura e alla nomina dei funzionari Ofcom, il *Secretary of State* ha il potere di nominare e revocare il Direttore Generale di Ofcom.

L'esercizio del potere di nomina del Direttore Generale è esercitato nel rispetto dei parametri di professionalità, competenza ed onorabilità. La revoca, invece, può aversi secondo alcune indicazioni legislative, nel caso in cui vi siano pendenze giudiziarie a suo carico e quando, dall'esercizio delle funzioni di cui è titolare, risulti non adeguato ai compiti che deve svolgere.

Tuttavia pare che tali disposizioni violino la disciplina comunitaria in tema di neutralità del Regolatore. Il fatto che le modalità di nomina e le ipotesi di revoca non siano adeguatamente tipizzate presuppongono l'esercizio di un potere discrezionale in capo al Governo.

L'Autorità ha previsto un *Code of Conduct* al fine di regolamentare eventuali situazioni di conflitto di interesse dei suoi membri. Qualora si riscontrino ipotesi di conflitto si ricorre a quanto previsto dal Codice. E' predisposto in particolare un procedimento che si articola in una prima fase di denuncia del conflitto esistente (e relativa pubblicazione sul sito dell'Autorità) ed una seconda fase, eventuale, che contempla l'esclusione del soggetto portatore di un interesse incompatibile a seguito

⁸ In base a tale legge il ministero dell'industria e del commercio (*Department of Trade and Industry*) nominava un Direttore Generale delle Telecomunicazioni (*Director General of Telecommunications*) il quale godeva di una limitata autonomia e rispondeva del proprio operato direttamente al Parlamento

di una decisione all'unanimità degli altri membri dell'Ofcom. Anche in questo caso però non è possibile individuare un'assoluta coerenza con l'indipendenza dell'Autorità poiché non vi sono previsioni di sanzioni in caso di violazioni relative al *Code of Conduct*.

Qualsiasi intervento realizzato dall'Ofcom deve essere supportato da criteri obiettivi, non discriminatori, proporzionati e trasparenti in relazione al fine che persegue. Alla luce di questi principi, l'Autorità ha posto in essere una politica che attraverso la tutela della concorrenza e la garanzia di accesso, la trasparenza e la coerenza della regolamentazione, favorisce gli investimenti e l'innovazione nelle telecomunicazioni. Sicuramente una delle grandi intuizioni dell'Ofcom è stata quella di aver capito in che modo orientare interventi pro-concorrenziali. Nonostante la consapevolezza circa l'importanza strategica delle infrastrutture, ha operato una scelta ponderata: non ha tentato di duplicarle fisicamente, cosa dispendiosa e di difficile realizzazione, piuttosto ha provato a realizzare una concorrenza sui servizi. L'Autorità, infatti, ha ritenuto opportuno perseguire sin dal primo momento la creazione di una concorrenza dei servizi offerti dagli operatori a seguito del loro accesso sul mercato e dell'interconnessione sulla rete.

La sua strategia regolatoria si fonda, oltre che sugli aspetti e sui principi appena indicati, sulla flessibilità e tempestività degli interventi che adotta in modo da riuscire a garantire una rapida risposta alle diverse condizioni ed esigenze. Obiettivo dell'Autorità di regolamentazione, così come le altre autorità nazionali, è sostituire alla regolamentazione *ex ante* una regolamentazione *ex post*. Transizione, questa, decisamente difficile soprattutto se si vuole assicurare una *real equality of access*, ossia, la possibilità per i nuovi operatori del settore di accedere al mercato e di godere di condizioni di effettiva parità rispetto agli altri attori del mercato.

A tal riguardo, per realizzare un'effettiva apertura alla concorrenza garantendo l'ingresso di nuovi entranti, nel 2004 Ofcom ha aperto una consultazione pubblica al fine di individuare una soluzione in grado di risolvere il problema dei cd. *bottleneck* (colli di bottiglia) nel mercato della telefonia locale; problema che coinvolge in prima persona l'ex monopolista British Telecom.

British Telecom inoltra ad Ofcom una proposta di impegni (*undertakings*) per rendere possibile l'*equality of access*. Gli impegni sono degli strumenti legislativi che offrono la possibilità alle imprese coinvolte in un'istruttoria, di presentare degli "impegni" -che possono avere sia natura strutturale (come ad esempio la rinuncia ad alcuni prodotti), sia comportamentale (mediante i quali si impegnano a tenere un dato comportamento ovvero astenersi dal porne in essere un altro)- con lo scopo di limitare alcuni aspetti ritenuti, per l'Autorità, problematici. Tali *undertakings*, per sfociare nella chiusura del procedimento senza determinare una decisione sul caso, devono essere accettati dall'Autorità e, quindi, devono risultare adeguati rispetto alla fattispecie che si contesta all'impresa. Tali impegni, una volta accettati dall'Autorità, sono vincolanti.

Nel caso di specie Ofcom ha ritenuto gli impegni proposti da BT⁹ adeguati rispetto all'esigenza di garantire una maggiore concorrenza, accettandoli¹⁰.

Con l'accettazione degli impegni si è venuto a realizzare una sorta di ibrido tra la soluzione strutturale di BT originaria e quella decisamente concorrenziale voluta dalla *Competition Commission*. BT ha proposto di impegnarsi a realizzare una separazione funzionale¹¹ all'interno della società, senza modificarne l'assetto proprietario. In questo modo dovrebbe aumentare il grado di concorrenzialità: infatti, si sono venuti a creare due rami interni a BT, uno relativo alla gestione delle infrastrutture (BT *Openreach*), l'altro che cura la fornitura del servizio al cliente finale (BT *Access Service*). Alla prima divisione si sono attribuiti il compito di

⁹ Si veda *Undertakings given to Ofcom by BT pursuant to the Enterprise Act 2002* la *Consolidated version of the Undertakings dated 23 March 2010*.

¹⁰ In considerazione del fatto che si era individuata una posizione dominante di BT che ostacolava la concorrenza nel settore della telefonia mobile locale, la *Competition Commission* riteneva opportuno procedere alla separazione strutturale di BT. Questa per evitare una simile decisione ha operato preventivamente proponendo alla'Autorità delle telecomunicazioni una proposta di impegni (si veda nota 8). Caratteristica degli impegni è l'azionabilità in sede giudiziaria che li rende uno strumento efficace; la legittimazione attiva è riconosciuta sia a OFCOM sia alle eventuali parti lese che potranno richiedere il risarcimento dei danni subiti in seguito alle violazioni degli *undertakings*.

¹¹ Sul punto si veda F. ABBONDANTE, *L'ordinamento delle telecomunicazioni in Gran Bretagna tra continuità e discontinuità*, in P. COSTANZO, G. DE MINICO, R. ZACCARIA (a cura di), *I "tre codici" della società dell'informazione*, Torino, 2006.

gestione e di controllo della rete¹² e alla seconda compiti relativi alla gestione del servizio e alla sua fornitura.

Al fine di verificare il rispetto degli impegni assunti da BT, l'Ofcom ha creato l'*Equality Access Board* (EAB) che esercita funzioni di controllo e agisce anche su segnalazioni provenienti da *Other Licensed Operators* (OLO) e dai dipendenti British Telecom (garantendone l'anonimato).

Alla luce di quanto detto sino a questo punto, non può non insinuarsi il dubbio circa l'effettiva separazione tra le divisioni BT. Se l'obiettivo è quello di evitare la creazione di un nuovo monopolio, non può non considerarsi il fatto che trattasi di rami, si indipendenti, ma che fanno parte comunque di un'unica società. Ci si chiede, pertanto, se le misure adottate, che vanno dai controlli ad un management (quello di *Openreach*) che opera su obiettivi indipendenti, siano adeguate ad evitare un flusso informativo o una collusione tra i diversi rami creati che non incida sulla (alterazione della) concorrenza.

2.1 Le funzioni dell'*Office of Communication*

Sostituito Oftel con Ofcom, quest'ultimo ha assunto le funzioni di regolamentazione che erano in capo al DGT; è, infatti, responsabile della regolamentazione delle reti di comunicazione elettronica, dei servizi e della concessione di licenze per i servizi di *broadcasting*. L'obiettivo iniziale era quello di sostituire alle licenze individuali le autorizzazioni generali ove possibile.

Nell'esercizio dei suoi poteri l'Ofcom farà riferimento anche ad altre branche del diritto che sono trasversali al settore delle comunicazioni: è il caso del diritto della concorrenza¹³ e del relativo *Competition Act* del 1998 e dell'*Enterprise Act* del 2002.

¹² *Openreach* è tenuta a servire tutti i propri clienti alle stesse condizioni; sicché non risultano escluse le divisioni *Retail* e *Wholesale*.

I principali doveri di Ofcom¹⁴ nello svolgimento delle sue funzioni sono relativi agli interessi dei cittadini in relazione alle questioni connesse alle telecomunicazioni, in particolare l'Autorità è attenta a come porre in essere una politica di sviluppo del settore che favorisca allo stesso tempo gli interessi dei cittadini.

Nelle *General Conditions*¹⁵ sono indicati gli obblighi che tutti gli operatori di reti o fornitori di servizi devono osservare¹⁶. Le condizioni generali, in particolare, fanno riferimento alle condizioni relative alla fornitura del servizio, alle condizioni del servizio universale, alla previsione di standard applicabili soprattutto in riferimento alla tutela del consumatore e degli utenti disabili, e ai sistemi di fatturazione dettagliata¹⁷.

Generalmente l'Ofcom prima di procedere all'adozione di *Act*, *Procedure* e *Guidelines*, avvia una procedura di consultazione, durante la quale i soggetti interessati possono presentare osservazioni, anche mediante colloqui informali, ai soggetti (persone, società ed organizzazioni) che di volta di volta sono coinvolti.

Solitamente la consultazione ha inizio almeno un mese prima dell'adozione del provvedimento (*Act*, *Procedure* e *Guidelines*); tuttavia, per questioni urgenti si possono prevedere tempi di consultazione inferiori. Una volta che si procede alla sua adozione, si ha la pubblicazione sul sito web dell'Autorità, ad eccezione di quando non sia possibile a causa di esigenze di riservatezza.

L'Ofcom ha il potere di imporre multe e pagamenti in caso di comportamenti lesivi¹⁸. Inoltre, l'Autorità ha il dovere di svolgere un'attività che operi su due fronti,

¹³ Sul rapporto tra profili antitrust e regolatori si veda J. SCHERER "Relationship of Antitrust and Regulatory Remedies", in *Telecommunication Law and Policy of the European Union*, 2005, Baker&McKenzie, Frankfurt; P. TRIVENS, H. KEMMITT, K. JONES, *op. cit.*.

¹⁴ P. TRIVENS, H. KEMMITT, K. JONES, *op. cit.*

¹⁵ Si veda il seguente link: <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/telecoms/ga/general-conditions.pdf>.

¹⁶ P. BRISBY, *The regulation of telecommunications networks and services in the United Kingdom*, in *Computer and Telecommunications Law Review* 2006, 12(4).

¹⁷ Resta fatta salva dalle sezioni da 78 a 93 del *Communication Act* la previsione di specifiche previsioni per gli operatori che detengono un Significativo Potere di Mercato (SMP).

¹⁸ Ad esempio è previsto che Ofcom può prevedere delle sanzioni in caso di non conformità alle Condizioni Generali. Si veda s. 96 *Communication Act*.

bilanciandone i relativi aspetti e interessi; se da un lato ha l'onere di agire andando incontro agli interessi dei consumatori, dall'altro non può non considerare la necessità di promuovere la concorrenza, e solamente garantendo un'effettiva parità di accesso alle infrastrutture è possibile realizzare una concorrenza reale¹⁹.

Come indicato nella sezione 185 del CA l'Ofcom ha specifiche competenze in materia di risoluzione delle controversie tra fornitori di servizi di telecomunicazione ed in casi estremi, laddove tutti gli altri rimedi non sono stati efficaci, ha il potere di sospendere il servizio²⁰. Il CA ha altresì previsto la possibilità di ricorrere in secondo grado al *Competition Appeal Tribunal* (CAT)²¹ per la materia delle telecomunicazioni (in particolare si considerano le decisioni adottate da Ofcom relative alla II Parte del CA che attiene ai poteri settoriali di cui è titolare l'autorità), oltre che per alcune decisioni in materia di concorrenza²². Tuttavia è opportuno precisare che l'appello contro le decisioni dell'Ofcom non sospende la decisione, è il CAT che può richiederne la sospensione temporanea quando ne ravvisi la necessità.

E' evidente che l'Autorità nell'esercizio di tutte le sue funzioni deve agire comunque in conformità con la normativa comunitaria tentando di garantire un'attività in linea con lo sviluppo della tutela del consumatore e del mercato comunitario.

Al fine di ottemperare al principio di trasparenza, sussiste l'obbligo di rendere pubblici, oltre al bilancio dell'autorità, le decisioni e gli esiti delle consultazioni e delle indagini di mercato. Inoltre per rendere possibile una valutazione anche da parte degli *stakeholders* sono pubblicati anche i piani operativi che, pubblicati a gennaio, vengono poi approvati generalmente dopo un trimestre, al fine di rendere possibile proprio l'esperimento del parere da parte dei soggetti interessati.

¹⁹ In questo modo si esprime I. WALDEN, *op. cit.*

²⁰ P. BRISBY, *op. cit.*

²¹ Per informazioni sulle competenze del CAT si veda: <http://www.cattribunal.org.uk>. Risulta che la percentuale delle decisioni dell'Ofcom portate in appello si attesti intorno al 10% e che la durata di un processo di appello va dagli 8 ai 16 mesi.

²² E' diffusa l'idea che i Tribunali non dovrebbero interferire con le decisioni adottate da un'autorità regolamentare; in questo senso G. GRAHAM, *Regulating Public Utilities, a Constitutional Approach*, Oxford, 2000. Sul sistema inglese di tutela giurisdizionale, si vedano P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2003, H.W.R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 2004.

3. I mezzi di tutela predisposti dall'Ofcom.

Tra le varie funzioni che esercita l'Ofcom, ai fini della ricerca in esame, assume particolare rilevanza quanto riconosciuto dal *Communication Act* in materia di risoluzione delle controversie.

Si evince dalla disciplina di settore che è stato ritenuto opportuno prevedere la soluzione in forma vincolante da parte dell'Autorità delle sole controversie nelle quali sia coinvolto un operatore dominante (ovvero titolare di un significativo potere di mercato), ovvero relativamente a quelle controversie nelle quali gli obblighi in capo ad un operatore discendano da precisi vincoli.

Come precedentemente accennato, le previsioni relative alla risoluzione delle controversie sono contenute nel Terzo Capitolo della Parte II del CA; di particolare importanza sono le disposizioni contenute nelle sezioni 185 *Reference of disputes to OFCOM*, 186 *Action by OFCOM on dispute reference* e 188 *Procedure for resolving disputes*, mediante le quali è possibile individuare le ipotesi di controversie per le quali si ricorre all'Ofcom e le relative procedure per la loro risoluzione.

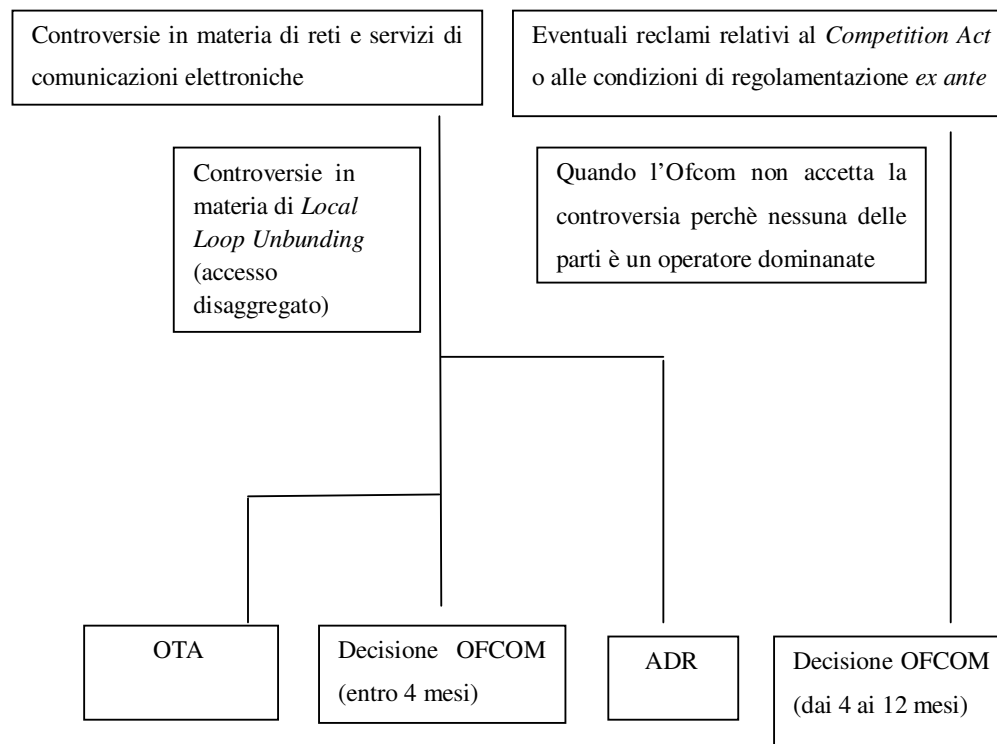
Secondo quanto previsto dal CA è importante sottolineare la distinzione tra la risoluzione delle controversie e l'indagine sui reclami, che consiste (secondo le disposizioni della sezione 191) nel “(...) *power to require information in connection with dispute*”.

Prima dell'istituzione dell'Ofcom, l'Ofel aveva il potere di decidere sulle controversie relative ad interconnessioni con la rete fissa; adesso invece le controversie in materia di *Unbundling local loop* (ULL) sono risolte da un *Office of the Telecommunications Adjudicator* e per le controversie tra consumatori ed operatori ci si rivolge ad altri organismi, Otel e CISAS, esterni ad Ofcom ma dallo stesso riconosciuti.

3.1 Controversie tra operatori e utenti (cenni).

Alla luce degli interventi comunitari che, come più volte detto, hanno operato a livello nazionale una modifica della normativa di riferimento nel Regno Unito, il CA e la creazione dell'Ofcom hanno avuto ripercussioni anche sul quadro relativo alla disciplina della gestione e risoluzione delle controversie.

All'interno del nuovo regolatore, il *Competition and Markets Group*, è titolare della funzione di risoluzione delle controversie commerciali delle telecomunicazioni. Di seguito uno schema esemplificativo delle fasi della procedura.



Analizzando lo schema appena proposto, i primi due riquadri, partendo, dall'alto, identificano le aree all'interno delle quali in caso di controversie è possibile ricorrere agli strumenti predisposti dall'Autorità per la loro risoluzione. Per quanto riguarda il caso di violazioni in materia di concorrenza nelle tlc o di regolamentazione *ex ante*,

si sottolinea come eventuali reclami siano gestiti dall'Ofcom e non dalla *Competition Commission*.

Nei casi di controversie riconducibili al settore della concorrenza ovvero in materia di reti e servizi di tlc, l'Autorità adotterà una decisione entro un termine massimo di dodici mesi, nel primo caso, ovvero di quattro mesi, nel secondo.

Ipotesi parzialmente diverse sono quelle in cui si tratti di controversie relative al *Local Loop Unbundling* e quando nessuna delle parti coinvolte sia un operatore che non abbia una posizione dominante o un significativo potere di mercato (SPM). In entrambi i casi, infatti, non sarà l'Ofcom a deliberare sul caso. Nel primo caso organo competente sarà l'*Office of the Telecommunication Adjudicator* (OTA); in caso di liti descritte nella seconda ipotesi, invece, si procederà secondo uno schema di ADR accreditato dall'Ofcom: Otelo o CISAS.

Al fine di offrire una maggiore tutela ai consumatori, l'Autorità ha approvato un *Code of Practice for Complaints Handling*. In esso ha stabilito degli standard minimi che gli operatori devono rispettare nella gestione dei reclami presentati dagli utenti. In particolare spicca il riferimento all'importanza che le procedure dei reclami devono essere trasparenti e di facile comprensione, accessibili anche per i consumatori disabili, ed effettive, ossia che devono garantire una risoluzione equa e tempestiva dei reclami²³.

²³ Al fine di comprendere il grado di soddisfazione per la qualità del servizio offerto dei clienti rispetto ai servizi offerti dai fornitori Ofcom ha commissionato un studio, pubblicato nel 2010, dal quale si legge “*However, whilst levels of satisfaction are generally positive and the communications sector appears to compare favorably with other sectors such as insurance and banking, the 2009 research illustrates that not all consumers are satisfied with the level of customer service they have received. Customer service may well be a more important consideration for such consumers than for others, and relevant information could therefore help them to choose another provider*” Tuttavia si legge ancora “*Satisfaction with customer service remains lower in the broadband (57%) and landline (58%) sectors - compared with mobile (69%) and pay TV (66%) - and dissatisfaction is increasing. This would seem to be related to the higher proportion of complaints in the landline and broadband sectors, which typically result in higher levels of dissatisfaction.*” <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/topcomm/qos-report/>.

La procedura per la risoluzione delle controversie tra operatori di telecomunicazioni prevede una prima valutazione da parte dell'Autorità, volta a stabilire, valutando se la controversia in esame rientra nella sfera di attribuzione dei suoi poteri, se costituisce il soggetto competente per la gestione della controversia.

Si precisa che l'Ofcom potrà accettare di intervenire per risolvere la lite solamente in occasione del rispetto di alcuni requisiti previsti dalla legge. E' necessario, infatti, che il ricorrente fornisca tutte le informazioni relative alla controversia, in modo chiaro e dettagliato. E' previsto, altresì, che fornisca prova (preferibilmente a mezzo di una dichiarazione dell'Amministratore Delegato della società) di aver tentato di risolvere la lite in altro modo, ricorrendo a tutti gli strumenti predisposti dalla società. Per poter procedere e non trovare ostacoli alla procedura presso l'Ofcom, è necessario che non risultino più esperibili altre forme di rimedio e che la società si è impegnata facendo tutto il possibile per risolvere la controversia ricorrendo ad altri strumenti.

Inoltre è necessario, perché l'Ofcom accetti i reclami, che il denunciante identifichi con precisione, presentando idonea documentazione, le condizioni *ex ante* che si affermano essere state violate ovvero indichi l'inosservanza di disposizioni del *Competition Act*.

Una volta che l'Ofcom è adito per la risoluzione della controversia, procederà in primo luogo alla trasmissione alla controparte della proposta presentata dall'operatore istante. Successivamente, l'Ofcom informa il soggetto che ha attivato la procedura che la *dispute* è stata accettata e procede alla pubblicazione del *scope of the dispute* (entro 15 giorni lavorativi dalla ricezione dell'ultima presentazione). Mediamente entro due o tre settimane da quando la *submission* è stata accettata, l'Ofcom procede ad una prima analisi della fattispecie convocando le parti. Dalla quarta alla settima settimana può chiedere informazioni che saranno poi utilizzate per la stesura della bozza di determinazione che sarà preparata durante l'ottava settimana fino alla undicesima. Successivamente è previsto un ulteriore periodo di circa dieci giorni durante i quali è possibile effettuare delle consultazioni pubbliche qualora la generalità dell'interesse e il coinvolgimento di più parti lo richiedano. A questo punto inizia la fase conclusiva della procedura che porta all'adozione della determinazione da parte dell'Ofcom. Secondo le disposizioni contenute nel

Communications Act la risoluzione delle controversie deve avvenire entro il termine di quattro mesi. Un aspetto non regolamentato dalla disciplina è relativo al mancato rispetto della decisione adottata dall'autorità; non vi è, infatti, la previsione di alcun provvedimento nè sanzione in caso di mancata ottemperanza alla stessa. La decisione può essere appellata innanzi al *Competition Appeal Tribunal* della *Competition Commission*.

3.2 Tutela del consumatore.

Il concetto di tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (sistema definito di Alternative Dispute²⁴ Resolution – ADR) racchiude un insieme di sistemi e procedure eterogenee che sono accomuna²⁵ solamente per il fatto che rappresentano un'alternativa al sistema giudiziario. I metodi ADR comprendono la mediazione, la conciliazione, la negoziazione e l'arbitrato²⁶.

Il Governo del Regno Unito, nel marzo del 2001, ha emanato una direttiva indirizzata alle amministrazioni nazionali volta a favorire la gestione del contenzioso, indicando alcune linee-guida da applicare²⁷. L'obiettivo è quello di incrementare l'utilizzo delle

²⁴ “A dispute may be viewed as a class or kind of conflict which manifests itself in distinct, justiciable issues. It involves disagreement over issues capable of resolution by negotiation, mediation or third-party adjudication. The differences inherent in a dispute can usually be examined objectively, and a third party can take a view on the issues to assess the correctness of one side or the other”, J. BROWN, A.L. MARRIOT, *ADR Principles & Practice*, London, 1999.

²⁵ Sul sistema di ADR si veda M. COHEN, N. GOULD, *ADR appropriate dispute resolution in the UK construction industry*, in *Civil Justice Quarterly*, 1998; si consulti ancora S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDERS, AND N.H. ROGERS, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes* (Little, Brown and Co., 1992), e BROWN J e MARRIOT A. L., *op cit.*.

²⁶ In alcune giurisdizioni, come l'Italia, secondo una definizione rigorosa di ADR l'arbitrato non fa parte di tali procedure visto che rimanda a regole bene precise *under a defined process*. Relativamente all'arbitrato internazionale si consideri: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

²⁷ *Government's ADR Pledge*, Lord Irvine, 23 marzo 2001.

Alternative Dispute Resolution in tutti i casi in cui possano rappresentare un metodo di composizione della lite più idoneo.

Secondo un rapporto pubblicato dal Dipartimento per gli Affari Costituzionali del Regno Unito l'incremento nell'uso dei metodi di ADR nel settore pubblico britannico è stato significativo ed ha portato un risparmio annuo pari a circa 12 milioni di sterline.

Successivamente, nel 2004 il Ministero della Giustizia ha adottato un documento "*Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*," con cui i *Tribunals* sono inseriti quale parte di un sistema che prevede rimedi alternativi di risoluzione delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione, quindi sistemi che offrono un'alternativa più informale ed economica rispetto alle *Courts*. Si tratta di organi a carattere amministrativo, aventi funzioni giurisdizionali al di fuori della magistratura ordinaria. Punto da sottolineare è che i metodi informali di soluzioni delle controversie hanno trovato negli ultimi tempi, a livello domestico e comunitario, un'indubbia forza centripeta che li pone in primo piano nei sistemi giustiziali e che li identifica come un'opportunità per fronteggiare il sovraccarico del lavoro dei giudici²⁸. La proliferazione di apparati amministrativi con poteri di risoluzione delle controversie, cui stiamo assistendo, che decidono sulle stesse comportando costi inferiori rispetto a quelli dei rimedi giurisdizionali e decidono più speditamente, sembra ricalcare quanto si è verificato al tempo della nascita dei *Tribunals*²⁹.

²⁸ A. LE SUER, *Administrative justice and the rise of informal dispute resolution in England, The Transformation of Administrative Law in Europe*, München, 2007; ancora per quanto riguarda i sistemi alternativi e le loro criticità o presunte tali si veda H. GENN., Y. GENN., *The Effectiveness of Representation at Tribunals*, London, Lord Chancellor's Department.

²⁹ In generale sul tema si veda M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, in cui si legge che gli "*administrative tribunals, le cui radici risalgono al secolo XVII, non hanno la natura di autentiche corti di giustizia. Si tratta, all'origine, di corpi amministrativi ai quali appositi statutes attribuiscono il potere di adjudication in determinati settori (...) Le decisioni dei tribunals, sovente simili alle pronunce giudiziali, a volte più somiglianti ad atti amministrativi (...)*"; F.P. PUGLIESE, *Sui tribunali amministrativi in Inghilterra*, *Dir. soc.*, 1973, 481 ss.; V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973; M. ADLER, *A Socio-Legal Approach to Administrative Justice*, in *25 Law and Policy*, 2003, 323 ss.; P.

Recentemente si è avuto un intervento del Parlamento che ha adottato il *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, per la riforma del sistema inglese con l'obiettivo di operare una revisione sistematica ed organica dell'ordinamento giudiziario del Regno Unito.

Nei casi in cui un privato sia leso nei propri interessi dal comportamento o dal disservizio di un operatore, e nel caso in cui non sia soddisfatto della gestione del reclamo in capo alla società che gestisce il servizio, ha il diritto di rivolgersi alle procedure interne predisposte dallo stesso. Qualora anche tale strumento non soddisfi il consumatore non conducendolo ad alcuna risoluzione del problema, ha la possibilità di rivolgersi a due procedure di ADR approvate dall'Ofcom, Otelio e CISAS.

Secondo il sistema adottato in Gran Bretagna, ai sensi delle *General Conditions*³⁰ (paragr. 14) gli operatori telefonici devono garantire l'accesso ad uno dei sistemi di ADR approvati dall'Ofcom. Questi sistemi rappresentano quindi un importante aspetto del panorama rivolto alla tutela del consumatore nel settore delle telecomunicazioni. Le ADR possono migliorare il grado di tutela prevista per i consumatori le cui denunce altrimenti resterebbero vane. Un sistema simile dà modo anche agli operatori di prevedere delle procedure che vadano a migliorare la gestione

BIRKINSHAW, *Grievances, Remedies and the State*, London, 1994; H.J. ELCOCK, *Administrative Justice*, London, 1969; J.A. FARMER, *Tribunals and Government*, London, 1974; J.F. GARNER, *Administrative Law*, London, 1967, 104; C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, London-Edinburgh-Dublin, 1997; P. LOWE, H.F. RAWLINGS, *Tribunals and the Laws Protecting the Administration of Justice*, in *Public Law*, 1982, 418 ss.; R.S.W. POLLARD (ed.), *Administrative Tribunals at work, a symposium*, London, 1950; W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, 1928; R.E. WRAITH, P.G. HUTCHESSON, *Administrative Tribunals*, London, 1973, FRANK'S COMMITTEE, *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*, London, 1957; tuttavia C. HARLOW, R. RAWLINGS, in *op. cit.* sostengono che non tutti i *tribunals* risolvono dispute tra cittadini e pubblica amministrazione.

³⁰“Dispute Resolution - The Communications Provider shall implement and comply with a Dispute Resolution Scheme, including any final decision of the Dispute Resolution Body made in accordance with that Scheme, for the resolution of disputes between the Communications Provider and its Domestic and Small Business Customers in relation to the provision of Public Electronic Communications Services”.

della propria clientela attraverso la risoluzione di reclami e lamentele in modo rapido ed efficace.

Le procedure di ADR hanno l'obiettivo di integrare il sistema di tutela offerto ai consumatori, in questo modo infatti un consumatore danneggiato dal comportamento di un operatore ha modo di potersi riferire ad uno strumento alternativo ed indipendente. Ad ogni modo prima di ricorrere ai servizi offerti da Otelo³¹ e CISAS³² dovrebbe essere fatto ogni sforzo per comporre la lite con l'operatore attraverso le procedure di reclamo predisposte dallo stesso operatore, e ricevere una “*deadlock letter*”³³ in cui l'operatore dice che non è possibile risolvere il reclamo. A questo punto e una volta che si investe, mediante modulo firmato, il sistema ADR di riferimento cui l'operatore appartiene, può iniziare l'indagine sul reclamo presentato dal consumatore, indagine che durerà al massimo per sei settimane.

Come si è accennato e come si dirà meglio di seguito, in caso di problema con il proprio operatore la prima cosa da fare è tentare di risolvere la questione direttamente con il fornitore dei servizi mediante le procedure da questo predisposte. In primo luogo si cerca di risolverlo contattando il servizio di supporto e di assistenza clienti, se non si è soddisfatti ci si rivolgerà alle procedure interne di reclami predisposte dall'operatore³⁴. A questo punto, una volta esaurite tutte le possibilità di risolvere la questione direttamente con l'operatore, ci si può rivolgere ad una procedura alternativa di risoluzione delle controversie ovvero proporre azione legale innanzi ad un tribunale. Nel 2003 con l'adozione del *Communication Act* si è

31 *Office of the Telecommunications Ombudsman* (Otelo) è stato riconosciuto quale servizio di risoluzione delle controversie da parte di Ofcom, con lo scopo di proteggere l'indipendenza dell'Ombudsman. Ciò è stato riconosciuto all'inizio del 2003 quando il servizio è stato ammesso come membro del *British and Irish Ombudsman Association*.

32 *Communications and Internet Services Adjudication Scheme* (CISAS) è stata fondata nel 2003 come un servizio indipendente di risoluzione delle controversie per i fornitori di comunicazioni ed i loro clienti.

33 http://www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/adr_cmplnt/.

34 Alcuni fornitori di servizi hanno una procedura che si articola in due fasi, (livello basso e alto); in questo modo se un problema non può essere risolto ad un livello basso sarà trasferito al reparto in cui vengono trattati reclami più complessi (secondo livello).

previsto che tutti i fornitori di servizi di telecomunicazioni debbano allinearsi ad uno dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie che offre l'accesso ad una decisione imparziale. Prima di ricorrere ad una procedura ADR ovvero al tribunale è opportuno comunicare all'operatore dell'intenzione di procedere in tal senso. Spesso accade che, a fronte del costo che si dovrebbe sostenere in una delle due ipotesi prospettate dal ricorrente, per l'operatore è più conveniente andare incontro alle esigenze del consumatore piuttosto che sostenere i costi previsti per le ADR o per il tribunale³⁵.

Come già detto i sistemi attualmente esistenti approvati dall'Ofcom sono Otelos e CISAS. Anche se solitamente con l'esperimento della procedura ADR si conclude la questione tra consumatore e fornitore di servizi, considerato anche il potere di imporre il pagamento di una *compensation* in capo all'operatore, si precisa, tuttavia, che è sempre possibile anche una volta conclusasi la procedura ADR ricorrere al Tribunale. La decisione presa dall'organismo ADR è vincolante per l'operatore ma rimane in capo al consumatore la possibilità di inoltrare la controversia al tribunale se rimane insoddisfatto dall'esito della procedura ADR.

3.2.1 *Office of the Telecommunications Ombudsman (Otelos)*

L' *Office of the Telecommunications Ombudsman*, è stato il primo dei due rimedi ADR ad essere riconosciuto dall'Ofcom, il 30 settembre 2003. Si tratta di un organismo indipendente la cui finalità è quella di risolvere controversie tra operatori e consumatori nel settore delle telecomunicazioni (e in altri settori non rilevanti per lo studio in oggetto)³⁶.

³⁵ Sebbene poco diffusa vi è la possibilità di poter contattare direttamente il *Senior Staff* (amministratore delegato o direttore generale) di un operatore per tentare di giungere ad una composizione bonaria della lite.

³⁶ Sul tema si veda M. DOYLE, P.FENN, *Ombudsmann*, in *Arbitration*, 4, 2003.

L'Ombudsman, tradizionalmente assimilato al difensore civico presente nel nostro ordinamento ha trovato terreno fertile in alcuni Paesi europei³⁷, tra cui il Regno Unito³⁸. Si fa risalire l'introduzione dell'Ombudsman nel settore pubblico in Gran Bretagna nel 1967³⁹ con il *Parliamentary Commissioner Act*. E fu così che successivamente furono creati diversi *Commissioner*, modellati sullo schema del *Parliamentary Commissioner Act* del 1967 (nel 1973, fu creato il *Health Service Commissioners* per Inghilterra e Galles; nel 1974 fu creato il *Local Government Ombudsmen* - precedentemente definito "*Local Commissioners for Administration*" -

³⁷ Molto importante è il ruolo svolto nell'ordinamento svedese nel settore della tutela dei consumatori. Si deve considerare in *Public Complain Board*, organo amministrativo creato nel 1968 e composto da un giudice professionale e da un numero pari di rappresentanti dei consumatori e delle imprese. Compito dell'ufficio è ricevere le istanze dei consumatori emanando al termine dell'istruttoria dei provvedimenti assimilabili alle raccomandazioni, ossia senza essere vincolanti per le imprese; ma l'autorità dell'organo fa sì che le raccomandazioni vengano prevalentemente seguite – anche per la prassi di dare pubblicità al comportamento negativo delle imprese. Tale realtà si completa di altre due istituzioni: *consumer ombudsman* e *Market Court*. Il primo svolge un ruolo di controllo pubblico sul comportamento delle imprese cercando di imporre regole di mercato che tutelino i consumatori e la seconda, che interviene in caso di fallimento delle negoziazioni, è il giudice dei conflitti tra imprese e consumatori. Per una panoramica su realtà internazionali, in particolare su Germania, Inghilterra, Galles, Scozia e Svizzera, si veda G. DE PALO, L. D'URSO, D. GOLANN, *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004. Per una panoramica sull'evoluzione dell'istituto in ambito comunitario si veda A. ANSELMO, *Il ruolo dell'Ombudsman nell'ordinamento comunitario*, *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. IX/2011.

³⁸ Per una vision d'insieme si veda C. HARLOW E R. RAWLINGS, *op. cit.*, London; M. SENEVIRATNE, *Ombudsman; Public Services and Administrative Justice*, London, 2002.

³⁹ Tuttavia già si iniziò a parlare di Ombudsman nel 1961, al termine dei lavori del cd. "Rapporto Whyatt" relativo a *The Citizen and the Administration: the Redress of Grievances*. Sugeriva di istituire un "tribunale generale" che si occupasse, in caso di decisioni discrezionali della pubblica amministrazione, di dirimere le relative controversie sorte. Si parlava anche di introdurre, su influenza scandinava il cd. Ombudsman con la funzione di occuparsi delle controversie relative ai casi di *maladministration*. Il concetto di *maladministration* non è mai stato definito ma durante il dibattito sul progetto di legge che ha istituito l'Ombudsman si sono usate le parole "*bias, neglect, inattention, delay, incompetence, ineptitude, perversity, turpitude, arbitrariness*", M. SENEVIRATNE, *Ombudsmen 2000, Professorial Inaugural Lecture*, Nottingham Law School, April 17, 2000, *Nottingham Law Journal*.

per Inghilterra e Galles; nel 1975 fu creato il *Local Government Ombudsman* per la Scozia).

Solamente nel decennio tra il 1980 e il 1990 si è assistita ad una vera e propria proliferazione dell'Ombudsman in altri settori pubblici. Si hanno Ombudsman nei settori pubblici, tra cui le figure più significative sono quella del *Parliamentary Commissioner* e quella del *Local Government Ombudsman*⁴⁰, e Ombudsman che si sono sviluppati secondo accordi contrattuali.

In questo modo trovano sempre più spazio sistemi che consentono un accesso ad una forma di giustizia che risulti ad ogni modo imparziale⁴¹.

In materia di telecomunicazioni nel gennaio 2003 l'Ombudsman Service Limited, presso il quale era possibile intraprendere una procedura ADR, riconosciuto dall'Ofcom inizia ad operare secondo le disposizioni del *Communications Act*. Attualmente ad Ofcom fanno riferimento più di cento operatori (tra cui BT, Vodafone e O2).

Possono dare impulso alla procedura clienti privati ovvero clienti commerciali con meno di dieci dipendenti. Ofcom⁴² è un organismo indipendente cui gli operatori si riferiscono (e del quale in un certo senso ne fanno parte una volta che hanno scelto di adottare lo schema di risoluzione delle controversie da questo predisposto) che risolve direttamente e *free of charge* per il consumatore le controversie tra operatori e consumatori che gli vengono sottoposte. L'organismo opera grazie alle sottoscrizioni da parte degli operatori che ne fanno parte, altre entrate si hanno poi con la previsione del pagamento di *fees* per ogni procedura attivata.

⁴⁰ Questi si differenziano in base alla competenza, per territorio e per materia. Entrambi competenti in materia di *maladministration*, hanno il compito di verificare la ragionevolezza dell'agire della P.A.. Il *Parliament Commissioner* ha competenza nazionale, con limitazione del Galles e Scozia (alla luce dei recenti interventi nel settore del *health services* dei *Public Services Ombudsman Act for Scotland 2002* e *Public Services Ombudsman Act for Wales 2005*); il *Local Government Ombudsmen* ha un'estensione territoriale circoscritta ad alcune aree comprendenti regioni e città.

⁴¹ A. ABRAHAM, *The ombudsman and "paths to justice": a just alternative or just an alternative?*, in *Public Law*, 2008, 1 ss, Paper delivered by Ann Abraham, Parliamentary and health services Ombudsman Institute of Advanced Legal Studies (2007).

⁴² Si veda anche M. DOYLE, P. FENN, *op. cit.*; inoltre si veda E. FRANCE, *A new ombudsman service*, Journal Article - Adviser 2003, 97.

Una volta che sono stati esperiti infruttuosamente tutti i rimedi previsti dall'operatore per tentare di risolvere il reclamo prospettato dal cliente, Otelo consulta le parti e procederà ad esaminare il caso sottopostogli per valutare se è possibile applicare il suo sistema. Nel caso in cui il reclamo non rientri nella sua competenza verranno indicati altri metodi di composizione idonei al tipo di reclamo. Al contrario, se il reclamo può essere risolto secondo le procedure predisposte da Otelo, si procederà a riassumere i *key points* del reclamo in forma scritta e si invieranno alla parte istante (cliente). Solamente dopo che il cliente controlla i punti chiave individuati da Otelo e acconsente a continuare il procedimento innanzi ad esso si contatta l'operatore.

Dopo aver ricevuto l'autorizzazione da parte del cliente, Otelo chiede all'operatore di avanzare una proposta da sottoporre al cliente. A questo punto l'*ombudsman* invia una decisione preliminare e successivamente valuta l'esistenza di ulteriori prove ovvero di eventuali errori che potrebbero influenzare la decisione, modificandola.

Se nel corso della procedura una delle parti ritiene che siano sopravvenuti nuovi elementi importanti o che sia stato fatto qualche errore di valutazione, la parte sottopone all'attenzione dell'*ombudsman* le informazioni rilevanti. In caso contrario, se nulla si ritiene possa modificare la decisione preliminare proposta poiché sono state valutate attentamente tutte le circostanze del caso e di nessuna nuova informazione si è venuti a conoscenza, la decisione finale dell'*ombudsman* è inviata alle parti. La decisione è vincolante per l'operatore che non può rifiutarsi di accettarla. Il consumatore, invece, può anche non accettare la decisione qualora non la ritenga soddisfacente. Nel caso in cui l'accetti, la decisione diventa definitiva entro due mesi e l'operatore deve dare esecuzione alla decisione. Se il cliente non accetta la decisione finale adottata, può ricorrere ad altri metodi di risoluzione.

3.2.2 *Communications and Internet Services Adjudication Scheme (CISAS)*

Il *Communications and Internet Services Adjudication Scheme* dal 2003 è stato riconosciuto da Ofcom quale sistema ADR per risolvere le controversie tra operatori e consumatori o piccole imprese. Come per Otelo, anche innanzi al CISAS è

condizione di procedibilità aver tentato di risolvere la controversia con i metodi e secondo quanto previsto dall'operatore⁴³. Se questi comunica per iscritto di risolvere mediante ADR il problema ovvero trascorrono otto settimane da quando il cliente ha esposto reclamo all'operatore e non si è avuta risposta è possibile rivolgersi a CISAS. Una volta che ci si è rivolti a tale organismo, mediamente la controversia sarà trattata, gratuitamente per il consumatore, entro sei settimane dalla presentazione della domanda. Secondo il regolamento dell'organismo si procede alla nomina di un *adjudicator* che deciderà sulla controversia valutando le informazioni ricevute dall'istante e dall'operatore. Qualora l'*adjudicator* ritenga insufficienti o incomplete le informazioni ricevute per prendere la propria decisione, potrà chiedere informazioni supplementari al fine di dirimere la controversia in modo ragionevole e secondo la normativa di settore.

Anche in questo caso la decisione è vincolante per l'istante solamente se entro sei settimane accetta espressamente la decisione presa, in caso contrario la decisione non sarà vincolante per le parti.

La procedura ha inizio quando CISAS riceve il reclamo da parte dell'istante che deve contenere indicazioni dell'oggetto della controversia e il motivo preciso per cui è sorta la controversia e sono attualmente in contrasto e le ragioni della richiesta del risarcimento. A questo punto CISAS invia la domanda inoltratagli dal consumatore all'operatore, il quale ha quattordici giorni⁴⁴ per replicare, nel caso in cui l'operatore non faccia alcuna osservazione la decisione sarà presa solo sulla scorta di quelle fornite dal consumatore.

Una volta svoltosi questo scambio di informazioni le parti possono provare a giungere, entro un periodo di quattordici giorni, ad un accordo; in caso positivo, l'operatore invierà all'*adjudicator* copia dell'accordo raggiunto e del quale si chiederà conferma alla controparte. In tal caso si ha una sorta di non luogo a provvedere in merito alla controversia, dal momento che si è giunti ad un accordo. In

⁴³ Secondo il *Communication and Internet Services Adjudication Scheme* altro paletto ad esempio è il limite di valore della controversia che non può essere superiore a £5000 compreso l'IVA *for any customer*; né può avere ad oggetto complicate situazioni di diritto o essere relativa ad altre cause presentate in tribunale.

⁴⁴ Solamente in casi eccezionali è accordato alla compagnia un termine maggiore, di ventuno giorni.

caso di accordo (e se non è disposto diversamente dalle parti) l'operatore dovrà provvedere a dare seguito alle misure concordate con il consumatore entro quattro settimane dalla comunicazione del raggiungimento dell'accordo; in caso di mancata ottemperanza si aprirà una nuova procedura.

Se non si giunge ad alcun accordo si invia nuovamente una copia delle osservazioni fatte dall'operatore al cliente, il quale ha sette giorni per fare le sue osservazioni conclusive in merito. Nel corso dell'indagine l'*adjudicator* può richiedere ulteriori informazioni a supporto della propria decisione. La persona (solitamente un avvocato) preposta alla decisione si pronuncerà entro sei settimane dalla proposizione della domanda (a meno che il consumatore non abbia accettato un accordo proposto dall'operatore ovvero questo acconsente a quanto richiesto dal consumatore). Come già accennato precedentemente si sottolinea che la decisione è vincolante solamente se il consumatore accetta la stessa entro sei settimane. Le decisioni non possono essere oggetto di appello, solamente accettate o rifiutate. Nel caso in cui sia deciso che le parti devono procedere al pagamento di una somma di denaro hanno quattro settimane di tempo per adempiervi, in caso di altre tipologie di adempimenti da parte dell'operatore nei confronti del consumatore devono avvenire sempre nel termine di quattro settimane e l'operatore ne deve dare comunicazione al CISAS, in caso negativo dovrà motivare la causa del ritardo sia alla controparte sia al CISAS comunicando inoltre la data entro la quale procederà all'adempimento.

3.3 *L'Office of the Telecommunications Adjudicator (OTA)*

Il Telecom Adjudicator è un organismo settoriale creato da Ofcom con lo scopo di ridimere le controversie in materia di *Unbundling Local Loop* (ULL) tra la British Telecom e gli altri operatori del mercato. Nel maggio 2004 all'interno del *Broadband Framework* Ofcom ha proposto la creazione di tale organismo e solamente due mesi dopo si procedeva alla nomina dell'*Office of the Telecommunications Adjudicator* (OTA). L'obiettivo è quello di agevolare la composizione delle controversie attraverso dei singoli accordi tra BT e gli altri operatori. Tale sistema si fonda sulle

Facilitation Rules, ossia quelle regole di facilitazione che hanno lo scopo di promuovere ed agevolare il dialogo tra le parti in causa e le generali regole di risoluzione delle controversie, e sulle *Dispute Resolutions Rule*.

L'OTA si basa su uno schema di aggiudicazione in materia di telecomunicazioni e sulla sua indipendenza. Tuttavia la nomina del soggetto giudicante avviene ad opera dell'Ofcom in collaborazione con BT ed altri operatori. Alcuni dubbi sorgono circa la reale indipendenza dell'organismo in oggetto; infatti è previsto che Ofcom e BT determinino il *budget* di cui necessita l'OTA per lo svolgimento delle proprie funzioni e che ne sostengano i relativi costi. Logiche conseguenze ne potrebbero derivare da un organismo che deve intervenire nel settore del ULL e che è co-finanziato dall'ex monopolista.

Il primo caso in cui è intervenuto l'OTA è stato nel febbraio 2005, quando il fornitore di servizi di comunicazione a banda larga Bulldog ha presentato domanda per la risoluzione delle controversie con BT; nello svolgimento di tale procedura tuttavia la controversia è stata ritirata dalla società Bulldog grazie ai significativi progressi che sono stati fatti nello svolgimento degli incontri e delle migliori condizioni offerte da BT.

L'obiettivo principale è quello di assistere ed aiutare gli operatori telefonici a giungere ad accordi e, qualora necessario, esprime delle raccomandazioni e giungere alla definizione della controversia. Infatti è previsto che oltre al potere di "facilitare" il dialogo tra le parti, nei casi in cui non ciò non sia possibile o non porti a risultati apprezzabili, ha anche il potere di adottare decisioni vincolanti tra le parti in lite.

In particolare per quanto riguarda la funzione di *Facilitating* l'obiettivo è quello di creare e mantenere un ambiente che favorisca ogni interazione (presente e futura) tra BT e gli operatori che forniscono i servizi di comunicazione. Chiaramente per poter usufruire di tale meccanismo è indispensabile che gli operatori entrino a far parte del regime di aggiudicazione delle telecomunicazioni. L'attività dell'OTA è quella di aiutare le parti a risolvere eventuali incomprensioni prima che queste sfocino in una vera e propria controversia. Nello svolgimento di questa attività l'OTA potrà fare anche delle raccomandazioni alle parti, raccomandazioni che però non risultano essere per queste vincolanti.

Al fine di garantire, o quantomeno fare il possibile per provare a garantire, il successo della facilitazione è richiesto ai partecipanti la massima serietà nel lavorare insieme in vista dell'obiettivo da raggiungere.

Per quanto riguarda invece il potere di risolvere le controversie di cui è titolare l'OTA si deve specificare da subito che potrà intervenire laddove si tratti di *Adjudicable Disputes*, ossia controversie che riguardino ULL (secondo quanto indicato nelle *Dispute Resolution Rules*, *paragr. 3.2 e 3.3*) e opererà in base alle Regole di Risoluzione delle Controversie e secondo le linee guida dell'OTA, linee guida che seppur non vincolanti hanno una forte rilevanza; infatti si legge che *These guidelines are not binding on the Adjudicator. However, where the Adjudicator departs from these guidelines he expects to give reasons for doing so*. Pertanto qualora vi sia un contrasto tra quanto contenuto nelle linee guida e quanto indicato nelle *Rules* saranno applicabili queste ultime.

Inoltre ciascuna delle parti coinvolte nella controversia deve essere un operatore e deve aver sottoscritto un accordo con l'altra parte della controversia affinché tale procedura sia valida. L'*Adjudicator* (OTA) è investito del compito da una delle parti prima che la controversia sia deferita all'Ofcom secondo quanto previsto dal paragrafo 4.1 delle *Rules*, che prevede espressamente “*At any time before any Dispute has been referred to Ofcom under section 185 of the Act*⁴⁵, *any Party to a*

⁴⁵ Chapter – Disputes and Appeals – Dispute, 185 Reference of disputes to OFCOM (1) This section applies in the case of a dispute relating to the provision of network access if it is: (a) a dispute between different communications providers; (b) a dispute between a communications provider and a person who makes associated facilities available; (c) a dispute between different persons making such facilities available; (d) a dispute relating to the subject-matter of a condition set under section 74(1) between a communications provider or person who makes associated facilities available and a person who (without being such a person) is a person to whom such a condition applies; or (e) a dispute relating to the subject-matter of such a condition between different persons each of whom (without being a communications provider or a person who makes associated facilities available) is a person to whom such a condition applies.

(2) This section also applies in the case of any other dispute if: (a) it relates to rights or obligations conferred or imposed by or under this Part or any of the enactments relating to the management of the radio spectrum that are not contained in this Part; (b) it is a dispute between different communications providers; and (c) it is not an excluded dispute.

Dispute may in writing submit that Dispute to the Adjudicator for resolution by way of Ruling.” ed in questo caso la controversia sarà risolta con una decisione denominata *Ruling*, oppure può essere presentata dall’Ofcom, dopo che gli è stata rimessa la lite. In questo secondo caso si procederà con una vera e propria *Adjudication*. Sarà nuovamente deferita la decisione della controversia all’Ofcom qualora si riferisca a una delle ipotesi di cui alla sezione 185 del *Communication Act* oppure nel caso in cui l’Adjudicator non abbia rispettato i termini entro cui avrebbe dovuto comunicare la decisione ovvero nel caso in cui una delle parti non sia rimasta soddisfatta dall’esito della decisione adottata dall’OTA. Nel caso in cui Ofcom decide di risolvere una controversia o nel caso in cui la risoluzione gli è rinviata secondo quanto appena descritto, può ai sensi della sezione 188 (2) del *Communication Act*, considerare eventuali precedenti raccomandazioni o decisioni relative al caso su cui deve pronunciarsi.

In caso di risoluzione della controversia mediante *Ruling*, questa sarà vincolante tra le parti finché interverrà una decisione successiva ovvero una determinazione contraria da parte dell’Ofcom o sulla base di una disposizione del Tribunale.

(3) *Any one or more of the parties to the dispute may refer it to OFCOM.*

(4) *A reference made under this section is to be made in such manner as OFCOM may require.*

(5) *The way in which a requirement under subsection (4): (a) is to be imposed, or (b) may be withdrawn or modified, is by a notice published in such manner as OFCOM consider appropriate for bringing the requirement, withdrawal or modification to the attention of the persons who, in their opinion, are likely to be affected by it.*

(6) *Requirements imposed under subsection (4) may make different provision for different cases.*

(7) *A dispute is an excluded dispute for the purposes of subsection (2) if it is about: (a) obligations imposed on a communications provider by SMP apparatus conditions; (b) contraventions of sections 125 to 127; (c) obligations imposed on a communications provider by or under any of sections 128 to 131; or (d) the operation in the case of a communications provider of section 134.*

(8) *For the purposes of this section: (a) the disputes that relate to the provision of network access include disputes as to the terms or conditions on which it is or may be provided in a particular case; and (b) the disputes that relate to an obligation include disputes as to the terms or conditions on which any transaction is to be entered into for the purpose of complying with that obligation.*

Nonostante la possibilità di avere due tipologie di provvedimenti, *Ruling* e *Adjudication* si deve sottolineare la volontà di assoggettare a procedure il più possibile simile tra loro al fine di facilitarne l'utilizzo; a tal fine infatti si nota come entrambe le decisioni sono rette da un iter procedurale che si ispira agli stessi principi, in particolare di essere indipendente ed obiettivo secondo i principi di *natural justice* e agire con professionalità e rapidità.

Per quanto attiene alla procedura, scandita da tempi molto stretti, si basa su una consultazione reciproca e continua. Infatti sin dalla fase della *facilitation* le parti si confrontano, sono fatte osservazioni e si prende atto delle osservazioni svolte da altri soggetti. Lo stesso vale anche nella fase più propriamente di risoluzione; infatti anche in questo caso, indipendentemente se si tratti di *Ruling* o *Adjudication* si valutano i presupposti per l'assoggettabilità della lite alla procedura (resta ferma la possibilità per i "giudicanti" di rifiutarsi di dirimere la lite, ad esempio in caso di fattispecie che considerano essere *frivolous*, ma un tale comportamento deve essere adeguatamente motivato) e poi inizia lo scambio di informazioni, si raccolgono le osservazioni svolte dalle parti coinvolte ed entro il termine di quattordici giorni dal *Submission Day* si ha la risoluzione della controversia.

4. Natura dei reclami

Nel corso degli anni e con la predisposizione di nuove procedure e più elevate standard in un'ottica sempre più rivolta alla tutela del consumatore, le controversie in materia di telecomunicazioni sono molte ed investono diversi aspetti. Non è un caso infatti che all'allargamento delle nuove "specializzazioni" che investono il settore delle comunicazioni corrisponda un aumento delle tipologie di contestazioni che i consumatori del servizio muovono all'operatore. Risulta infatti che la percentuale dei reclami presentata dai consumatori è più elevata nel settore delle telecomunicazioni piuttosto che in altri (quali ad esempio nel servizio finanziario o nelle poste). Sicuramente si riflette sulla natura del servizio in questione, essenziale e diffuso in

modo capillare, si pensi ad esempio alla telefonia mobile⁴⁶ e che molto spesso una persona ha più di un telefono, e caratterizzato altresì da una notevole flessibilità e transitorietà.

Generalmente le controversie che insorgono tra consumatori ed operatori sono ricorrenti nonostante i diversi Stati in cui si verificano. L'insorgere di tali conflitti spesso è dovuta alla differente posizione contrattuale tra le parti e, quindi, del relativo potere.

I reclami presentati più frequentemente⁴⁷ dai consumatori, sia per quanto riguarda la telefonia mobile sia relativa alla telefonia fissa, sono relativi ai costi dei servizi, alla bolletta telefonica eccessiva, alla fatturazione del traffico, alla migrazione tra operatori e alla pubblicità ingannevoli o non veritiere; in relazione ad internet, invece, oggetto delle lamentele è la velocità di connessione ovvero di trasmissione dati.

Proprio per questi motivi la regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni ha previsto diversi metodi per rendere accessibile differenziate forme di tutela per i consumatori tentando di garantire altresì la continuazione del rapporto tra operatori ed utenti. Infatti l'espansione del mercato delle telecomunicazioni e dei sistemi di tecnologie innovative rendono necessario un rapido adattamento dei meccanismi di composizione delle liti che non solo si dimostrino veloci e flessibili, ma anche adatto ai singoli tipi di controversie realizzabili in questo settore. Rivestono sempre molta importanza i principi di indipendenza ed imparzialità cui devono essere improntati tali sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. Sempre a tutela della qualità dei servizi offerti, è necessario che vi sia una comunicazione con il pubblico trasparente e periodica e che le controversie siano effettivamente efficaci, concludendosi entro tempi ragionevoli e che ciononostante non manchino di accuratezza e siano in grado di decidere sulle liti prospettate.

⁴⁶ Dall'avere un telefono cellulare deriva non solamente l'utilizzo dei servizi voce e *short message service* di base ma anche tutti quei servizi di nuova generazione connessi all'uso di internet.

⁴⁷ <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/index.html>.

CAPITOLO QUINTO

ASPETTI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE

Durante le diverse fasi di studio relative alla disciplina oggetto della trattazione sono emersi alcuni profili critici meritevoli di approfondimento.

I suddetti aspetti problematici non sono collegati tra loro da un rapporto di consequenzialità, ciò che li unisce è il fatto di costituire delle *criticità* che si ritiene possano influire sul corretto svolgimento delle procedure alternative di risoluzione delle controversie.

Dal punto di vista metodologico la trattazione di tali aspetti avviene seguendo un ordine sistematico che inizia da alcune considerazioni relative alle caratteristiche endogene delle Autorità, per poi valutare il modo in cui esercitano le potestà di cui sono titolari mediante le loro attività e funzioni.

Si ritiene che gli aspetti problematici cui ci si riferisce possano condizionare la procedura di risoluzione delle controversie e viziare, indirettamente, la decisione adottata incidendo in questo modo sul grado di effettività di una tutela alternativa.

1. Caratteri dell'Autorità: l'indipendenza funzionale ed organica

L'analisi sino a questo momento svolta, relativa alle modalità di risoluzione delle controversie nel settore delle telecomunicazioni, è iniziata con una breve trattazione relativa al *fenomeno* delle autorità amministrative indipendenti, fenomeno che si è imposto e consolidato in un periodo di tempo relativamente breve all'interno del nostro ordinamento.

Alla base dell'istituzione e del funzionamento di tali autorità vi è il principio, identificato nella loro stessa denominazione, di *indipendenza*. Si tratta di un principio particolarmente rilevante, soprattutto nel settore pubblico posto per rimarcare

l'indifferenza di tali corpi amministrativi rispetto alle numerose forze esterne che li possono influenzare.

Comunemente si ritiene che la tutela dell'indipendenza si realizzi anche attraverso i requisiti di competenza, professionalità, onorabilità e autorevolezza dei membri dell'Autorità, essendo fugato così ogni dubbio sulla nomina di un suo membro per appartenenza politica o in relazione al *favor* di alcuni soggetti.

Alla luce dei rapporti che l'Autorità ha con il Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello sviluppo economico¹ non è possibile -né sarebbe corretto farlo- ipotizzare un'assenza totale di rapporti tra Autorità ed esecutivo, ma non appare improbabile che si possano verificare dei condizionamenti.

In realtà, seppure tale principio appaia a prima vista scontato nel suo significato, è opportuno approfondirlo.

In primo luogo si procede a differenziare il concetto *indipendenza* da quello di *autonomia*², con cui spesso si sostituisce. Questi operano su due livelli differenti; l'autonomia, infatti, è un concetto relazionale che porta in sé l'idea del limite, in quanto si è autonomi nei confronti di qualcuno o di qualcosa.

Traslando il significato in ambito giuridico, per quello che attiene in questa sede, si deve considerare l'autonomia in rapporto agli enti. L'ente autonomo è quello che può operare nell'ambito dei poteri riconosciutigli dall'ordinamento generale.

Per quanto concerne il principio di indipendenza, invece, si considerano i rapporti intercorrenti tra due o più soggetti. In particolare attraverso tale principio si tende ad evitare la creazione di rapporti -non corretti o viziati- tra soggetti e che tali rapporti possano incidere sull'esercizio di una funzione, condizionandola. Nel settore

¹ Si ricordi che la legge n. 66 del 2001, relativa al trasferimento di competenze del rilascio e della vigilanza dei titoli di autorizzazione al Ministero, ha creato non pochi problemi relativamente alla gestione dei rapporti tra Autorità e Ministero e tra Autorità e Unione europea, dal momento che l'Agcom è riconosciuta quale autorità di settore nelle comunicazioni.

² L'autonomia deve differenziarsi, a sua volta, dal concetto di *autogoverno* cioè quando un ente viene dotato anche di tutte le funzioni pubbliche e della possibilità di emanare provvedimenti amministrativi per il perseguimento dei propri fini, e di autodichia, consistente nella possibilità di alcuni organi costituzionali, in virtù della loro indipendenza, di sottrarsi alla giurisdizione degli organi giurisdizionali comuni.

pubblico non solo è necessario³ che vi sia una certa indipendenza, in particolar modo in alcuni settori e tra alcuni soggetti, come strumento di garanzia dell'azione di una pubblica amministrazione. Si riesce a garantire -o quantomeno si tenta di garantire- l'indipendenza di un soggetto, di un ufficio o di un'autorità, ricorrendo ad alcuni strumenti *ad hoc*, che vanno dalla modalità di selezione, mediante concorso pubblico, alla previsione di inamovibilità, ovvero di un organo di autogoverno. Esistono due tipologie di indipendenza: indipendenza organica ed indipendenza funzionale.

In questa sede appare particolarmente rilevante e attinente l'indipendenza organica che opera nei processi di composizione dell'organo di vertice di un ente piuttosto che di un'autorità⁴.

Con riguardo alle autorità indipendenti dell'area EU, il prof. M. Thatcher della London School of Economics, evidenzia il problema relativo all'*independence of regulatory agencies from elected politicians*. E' indiscussa l'importanza che riveste la nomina dei membri di un'autorità soprattutto se per definizione questa deve essere indipendente. Uno dei condizionamenti più forti che tali autorità possono ricevere è conseguente all'utilizzo illegittimo dei poteri politici e all'influenza dei loro rappresentanti. Si deve, però, specificare che non è detto che nel caso in cui vi siano dei collegamenti di politicizzazione ne derivi automaticamente un'incompetenza dei soggetti designati; non pare possa escludersi che un soggetto collegato ad un partito politico sia anche esperto del settore in cui è stato nominato.

A livello europeo il Paese con la più alta percentuale di "infiltrazioni" e condizionamenti politici è l'Italia, quello più estraneo a tale *modus operandi* sembra che sia il Regno Unito. Si tratta dei due estremi della "classifica", in cui l'Italia primeggia in negativo, figurando quale paese più lontano rispetto al grado di indipendenza che dovrebbe aversi. In particolare, l'Agcom è l'autorità che maggiormente ha avvertito l'influenza della politicizzazione e che ha la percentuale

³ Tradizionalmente per comprendere l'idea di indipendenza si fa riferimento allo *status* dei magistrati che, ai sensi dell'art. 101 Cost., "*sono soggetti soltanto alla legge*".

⁴ Per eventuali approfondimenti nel caso di coincidenza tra organi di vertice e Autorità, si veda R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1996.

più elevata di membri che hanno ricoperto altre cariche pubbliche o che con tali cariche hanno ancora un collegamento stretto. Non sorprende che le Autorità indipendenti in Italia siano formate in alta percentuale da “fedeli del partito” e professori universitari o soggetti che hanno entrambe le “caratteristiche”.

Non si tratta di accuse o di denunce, semplicemente di una constatazione che fa eco allo slogan secondo cui , “in Italia tutto è possibile” e che ha ancora più risalto se confrontata con quanto succede al di là dei confini italiani e si considera come dovrebbe funzionare ed essere composto un soggetto pubblico cui è attribuita la qualifica di indipendente.

L’indipendenza funzionale, invece, attiene al modo di svolgimento dell’attività.

Per questo motivo può essere utile considerare tale caratteristica quale parametro per la valutazione del grado di indipendenza delle *authorities*, in riferimento alle attività da queste di volta in volta poste in essere.

Concludendo, l’indipendenza consiste nell’assenza di condizionamenti circa l’esercizio dei poteri e dell’attività dell’autorità. Da qui un’ultima considerazione: l’indipendenza funzionale va considerata sia come assenza di subordinazione nei confronti di soggetti esterni sia come esistenza di potestà di autoregolamentazione sotto diversi profili⁵.

1.1 (Segue) Autonomia economica e finanziaria

Una volta che si è proceduto a differenziare il concetto di indipendenza da quello di autonomia, si deve procedere ad un ulteriore distinguo sulla nozione di *autonomia*. Esistono diverse tipologie di *autonomia*:

- (i) *autonomia normativa*, riferita alla possibilità di emanare norme;
- (ii) *autonomia di indirizzo*, che si riferisce alla possibilità di darsi obiettivi anche diversi da quelli determinati a livello centrale;

⁵ Si esprime così R PEREZ in *op. cit*

- (iii) *autonomia finanziaria*, possibilità di decidere in ordine alle spese e di disporre di entrate autonome;
- (iv) *autonomia organizzativa*, ossia la possibilità di darsi un proprio assetto;
- (v) *autonomia contabile*, cioè la possibilità di tenere una propria contabilità in base ad una disciplina derogatoria rispetto a quella generale;
- (vi) *autonomia tributaria*, che si sostanzia nel potere di assicurarsi entrate proprie attraverso l'imposizione di tributi.

In relazione a quanto detto al paragrafo precedente, al fine di poter realizzare un'effettiva indipendenza funzionale ed organizzativa dell'Autorità (e - conseguentemente- dell'attività che essa pone in essere) è necessario che alla base dei poteri e delle attribuzioni dell'Agcom vi sia un'autonomia economica e finanziaria, senza la quale non è possibile neppure pensare alle altre attività predisposte dall'Agcom.

E' indispensabile avere contezza delle risorse, finanziarie ed umane, per poter programmare e definire in concreto i compiti che l'Autorità potrà perseguire.

Il sistema di entrate per la copertura delle spese di funzionamento dell'Autorità, per la parte non garantita dal finanziamento a carico dello Stato -previsto dalla *legge di stabilità 2011, n. 220 del 13 dicembre 2010*, in € 164.000,00- proviene in misura pressoché esclusiva dalle imprese che esercitano la propria attività economica nei settori soggetti all'azione di regolazione, vigilanza e controllo dell'Autorità⁶.

⁶ Si vedano le disposizioni previste dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266, "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006*", in particolare, art. 1, commi 65, 66 e 68.

Per ragioni di completezza si indica quanto segue quale quadro di riferimento normativo: (i) legge 23 dicembre 2005, n. 266 recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006 -*", art. 1, commi 65, 66 e 68; (ii) legge 31 luglio 1997, n. 249, recante "*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*"; (iii) legge 14 novembre 1995, n. 481, art. 2 comma 1, con la quale sono istituite le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, competenti, rispettivamente, per l'energia elettrica e il gas e per le telecomunicazioni.

In particolare, la legge 23 dicembre 2005, n. 266 (*legge finanziaria 2006*), ha costituito il sistema di entrate per la copertura delle spese di funzionamento dell'Autorità per la parte non garantita dal finanziamento a carico dello Stato. L'Autorità, con propria delibera che deve essere approvata dal

Il sistema di finanziamento dell'Autorità, in ottemperanza alle disposizioni comunitarie, è posto a carico dei soggetti esercenti i servizi, i quali contribuiscono con un versamento annuale in misura non superiore al due per mille⁷ dei ricavi dell'ultimo esercizio.

Le Autorità indipendenti sono sottoposte al controllo della Corte dei Conti⁸. Ci si chiede se le previsioni normative, sostanzialmente analoghe per tutte le Autorità, esauriscono la funzione di controllo della Corte dei Conti, oppure se, ai sensi dell'art. 3, comma 4, legge 14 gennaio 1994, n.20, la Corte possa svolgere il controllo di gestione previsto da tale disposizione normativa⁹.

Continuando, alla luce dell'analisi svolta, non sembra che vi sia incompatibilità tra lo *status* di indipendenza delle Amministrazioni e il controllo di gestione. Secondo una logica di inter-relazione e cooperazione, tale aspetto potrebbe essere visto quale ulteriore raccordo tra Autorità indipendenti, Governo e Parlamento¹⁰.

Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, fissa la misura della contribuzione, nel rispetto del limite massimo previsto per legge; tale delibera diventa esecutiva decorsi 20 giorni dal suo ricevimento senza che siano state formulate osservazioni.

⁷ Attualmente la percentuale del versamento cui sono tenuti i soggetti operanti nel settore è fissato nella misura del 1,5 per mille.

⁸ Si tratta di un controllo sotto forma di rendiconto sulla gestione finanziaria, previsto espressamente dall'art. 2, comma 27, l. 481/95. Peraltro, secondo acquisizioni ormai consolidate, il controllo investe tutti gli atti normativi e i provvedimenti che hanno determinato e regolamentato lo svolgimento della gestione. Per un approfondimento, si veda G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001.

⁹ Il controllo sulla gestione finanziaria ha ad oggetto i conti consuntivi e i bilanci di esercizio delle *Authorities*. Ove vengano riscontrate illegittimità, la Corte ne riferisce al Parlamento, al Ministro dell'Economia e delle Finanze e al Ministro competente per materia. L'esito del controllo di gestione consta di relazioni, almeno annuali, che vengono inviate tanto agli organi che assumono le decisioni politiche concernenti gli obiettivi e le prescrizioni da imporre all'amministrazione, quanto alle stesse amministrazioni interessate, al fine di agevolare l'adozione di soluzioni legislative e amministrative dirette al raggiungimento dell'economia e dell'efficienza nell'azione degli apparati pubblici, nonché dell'efficacia dei relativi risultati.

¹⁰ La sottoponibilità al controllo di gestione delle Autorità indipendenti trova, del resto, conferma nell'indirizzo della Corte dei Conti, secondo cui ai fini dell'esercizio del controllo successivo sulla gestione previsto dall'art. 3, comma 4, l. 20/94 l'espressione "amministrazioni pubbliche" deve essere

Il controllo sulla gestione è visto, quindi, come funzione essenzialmente collaborativa, posta al servizio di esigenze pubbliche costituzionalmente tutelate e rivolte a garantire che ogni settore della pubblica amministrazione (ivi comprese le Autorità amministrative indipendenti) risponda effettivamente ai principi di imparzialità ed efficienza imposti dall'art. 97 Cost.

1.2. (Segue) *Accountability*

I principali problemi che investono le Autorità indipendenti sono: a chi rispondono¹¹ e chi le controlla.

Alcuni esponenti della dottrina giuridica e della giurisprudenza hanno rilevato che, esercitando esse poteri in sostanza amministrativi, non si vede la ragione di una loro

intesa nel significato letterale per il quale il pubblico si contrappone a privato, e non quindi riferita esclusivamente alle sole amministrazioni statali. L'assoggettabilità al controllo di gestione della Corte dei Conti delle attività delle Autorità è in linea con la interpretazione della Corte Costituzionale, secondo cui la prassi giurisprudenziale e le leggi di attuazione della Costituzione hanno esteso l'ambito del controllo esercitato dalla Corte dei Conti, per un verso interpretandone le funzioni in senso espansivo come organo posto al servizio dello Stato-comunità (e non già soltanto dello Stato-persona) e, per altro verso, esaltandone il ruolo complessivo quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e della economicità.

¹¹ Il primo problema è stato ampiamente discusso anche negli USA, dove le *Authorities* rappresentavano un mutamento rispetto alla *jacksonian tradition*. In una relazione di un gruppo di esperti al Presidente degli Stati Uniti, nel 1937, le *independent administrative agencies* venivano definite “a headless “fourth branch” of government, haphazard deposit of irresponsible agencies and uncoordinated poker”. Uno studioso della portata di Roscoe Pound lamentava, più tardi, il loro *administrative absolutism*. Il problema della *unelected administrators legitimacy* fu risolto da J. LANDIS nel 1938, nelle lezioni tenute alla *Yale Law School* dedicate a *the administrative process*. Landis, che aveva lasciato un anno prima la *Securities and Exchange Commission (SEC)*, spiega il fenomeno con “the need for the expertness: the art of regulating an industry requires knowledge of details of its operation”. Preoccupato dall'efficienza dell'intervento statale, egli temeva l'approccio legalistico sia del legislatore, sia dei giudici, che potevano produrre “standards da procuste”.

separazione dall'esecutivo, o quanto meno della mancata sottoposizione dei loro atti all'approvazione di questo e al vaglio della giustizia amministrativa.

La natura amministrativa consente di ritenere applicabile alle Autorità indipendenti il *corpus* di principi¹² che caratterizza il "regime amministrativo"¹³ (salvo espressa deroga disposta o autorizzata con legge¹⁴).

Oltre che per la legittimazione democratica, la responsabilità dell'Autorità verso il Parlamento è particolarmente rilevante perché istituzione "privilegiata" grazie al costante dialogo anche mediante le relazioni annuali sull'attività svolta e sulla possibilità di confronto su iniziative legislative nel settore delle telecomunicazioni.

Dal punto di vista della legittimazione, a differenza del Parlamento che risulta essere *accountable* tramite il processo elettorale -l'Agcom-, che non è soggetta a tale aspetto, lo "compensa" con il suo *modus operandi* e con un tipo di *accountability*

¹² Principi che riguardano, ad esempio, il potere di autotutela e relativi presupposti e limiti, il potere di disapplicazione ad opera delle stesse amministrazioni indipendenti (nell'ipotesi di conflitto fra norme interne e comunitarie), i vizi dei provvedimenti, la sottoposizione dei provvedimenti delle Autorità alla disapplicazione da parte dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, le regole sul funzionamento degli organi collegiali, sul formarsi del silenzio-inadempimento, circa la responsabilità della amministrazione e dei funzionari, e così via.

¹³ In dottrina e in giurisprudenza, è affermazione comune quella secondo cui il diritto amministrativo non è solo frutto delle leggi che regolano l'attività dello Stato e degli enti pubblici, ma anche dei principi che costituiscono la "parte generale non scritta di tale branca del diritto". La conseguenza è che tale rete di principi "copre" lacune e schematismi della legislazione e, in definitiva, assicura il rispetto della riserva di legge. Del resto, più volte la Corte Costituzionale, a proposito di normative sulla organizzazione della pubblica amministrazione carenti di criteri e principi direttivi tali da indirizzare l'esercizio dei poteri discrezionali, le ha ritenute compatibili con la riserva di legge *ex art. 97 Cost.*, in considerazione della copertura comunque assicurata dai principi elaborati dalla giurisprudenza. In altri termini, il principio di legalità non si risolve in un rapporto Parlamento-Amministrazione, e dunque nella verifica di conformità dell'attività di quest'ultima alle previsioni dettate dal primo, bensì nella verifica (di conformità-raffrontabilità) tra attività amministrativa e ordinamento complessivo, comprese cioè le norme *sans texte*. Per un approfondimento vedi G. MORBIDELLI, *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici. Atti del Convegno di studi tenuto a Firenze il 16 febbraio 1996*, I, Firenze, 1997.

¹⁴ Ad esempio, l'art. 10, comma 7, legge 287/90.

diretto, ossia proveniente *direttamente* dal mercato e dai soggetti che vi operano (operatori e consumatori).

Altro soggetto, come si è già visto in precedenza, con cui ha un rapporto molto intenso è l'Unione europea, mediante il riferimento alla Commissione, attore fondamentale a livello comunitario delle politiche di settore che saranno poi attuate a livello nazionale. Si sottolinea la responsabilità dell'Autorità anche nel momento di formazione delle norme comunitarie attraverso procedure di comitologia, di *bottom-up* e *top-down*.

L'applicabilità dei principi del diritto amministrativo alle *Authorities*¹⁵, in nome del principio di legalità, determina l'assoggettabilità delle Autorità indipendenti al generale potere di annullamento degli atti amministrativi illegittimi; riconducibili alla giurisdizione del giudice amministrativo.

¹⁵¹⁵ Si consideri anche il caso *Kpmg Fiduciarie France c. Commission opérations bourse (Cob)*. La Corte d'appello parigina, esperta in materia di *Authority*, annulla una sanzione emanata dalla *Cob* francese (omologo della Consob italiana, anche se con più poteri). Il motivo di tale annullamento risiede nel mancato rispetto del principio del giusto processo: l'incriminazione e la decisione erano state emanate da un collegio formato dalle stesse persone.

Questa sentenza è un caso paradigmatico di esercizio del sindacato di legalità allargata sull'operato dei Regolatori di settore. Importante sottolineare è che la regola di diritto usata dal giudice non è una norma giuridica dell'ordinamento francese, ma l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), che sancisce la regola dell'imparzialità del decidente. Secondo i giudici francese, l'*agere* sanzionatorio delle agenzie indipendenti deve conformarsi (anche) ai principi della Convenzione.

Secondo una consolidata massima giurisprudenziale, nota come *formula Ozturek*, penali sono non solo le sanzioni limitative della libertà personale o quelle emesse da giudici penali, ma anche quelle che – sebbene formalmente qualificate come amministrative – siano dotate di ampia afflittività. Se fortemente lesive per la sfera del destinatario, anche queste ultime devono essere assistite dalle stesse garanzie previste per quelli penali. Il giudice ha affermato che urta con la regola, in base alla quale chi incrimina deve essere diverso da chi decide, una procedura in cui, rispettivamente, l'apertura del procedimento, la contestazione degli addebiti, la valutazione delle responsabilità e l'applicazione della sanzione promanino tutte da un organo collegiale composto dalle medesime persone. Simile soluzione non sarebbe prospettabile in Italia a causa della natura amministrativa e non giurisdizionale delle Autorità indipendenti.

2. Il controllo di legalità sugli atti dell'Autorità e la sindacabilità delle scelte tecniche.

Le Autorità indipendenti fanno parte di un apparato pubblico e pongono in essere un'attività di interesse generale e di controllo dei servizi pubblici. E' quindi pertinente il dilemma di "chi controlla il controllore".

L'Agcom, quale regolatore di un servizio pubblico, opera in un settore di *interesse economico generale*¹⁶. Svolge funzioni delicatissime che vanno ad incidere direttamente sul sistema economico e, quindi, direttamente sull'utente-consumatore. Nell'esercizio delle loro funzioni, adottando anche scelte discrezionali, la loro attività incide sulle sfere di diritti fondamentali (quali la libertà delle comunicazioni, il diritto di iniziativa economica, la pretesa alla fruizione dei servizi, etc), ma ciononostante le Autorità sono sottratte al (tradizionale) circuito di responsabilità politica.

Le Autorità indipendenti proprio per la loro particolare natura e a causa della loro posizione all'interno dell'ordinamento italiano, e in relazione a quello comunitario, hanno l'onere di agire, oltre che secondo le disposizioni di legge, sempre in modo legittimo e rispettabile, in assoluta osservanza del principio di buona amministrazione. Tuttavia vi sono dei casi in cui sembra sia venuta meno tale ineccepibilità.

In un articolo scientifico¹⁷ si è affrontato il complicato rapporto tra diritto, tecnica ed economia e delle loro interazioni. Gli autori, uno giurista e l'altro filosofo, hanno disegnato la composizione di tali aree e la loro interazione.

¹⁶ Si potrebbe osservare che i settori di interesse economico generale sono delle aree indefinite e non tassative, che cambiano in relazione al cambiamento della società e dei suoi bisogni. Per tale motivo si potrebbe anche sostenere che costituiscano una macro area ancora più ampia rispetto a quella dei servizi pubblici.

¹⁷ N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo. Un dialogo su diritto e tecnica*, in *Contratto e impresa*, 2000, Vol. 16, fascicolo 2, pp. 665-679.

Prima la volontà formatrice delle ideologie politiche conforma l'economia e orienta gli sviluppi della tecnica; poi la complessità della società, la globalizzazione¹⁸ e la de-statalizzazione dei mercati oltrepassano “*la volontà ideologica di realizzare un certo mondo invece di un altro*”, imponendo al diritto i loro modelli.

¹⁸ Sul tema, molto interessante un articolo pubblicato nel 2007 da S. CASSESE. Tale articolo riproduce il testo della lezione tenuta dall'Autore presso il Centro per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze, in apertura del terzo ciclo del dottorato di ricerca in *Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria* (2 maggio 2007). L'Autore, partendo dalla presa d'atto che l'economia ormai è globalizzata, fa un passo ulteriore, affermando che “*anche l'attività più tradizionale e propria degli Stati, l'attività militare, si globalizza*”. Ma non ci si può fermare qui, perché l'Autore rileva che vi sono anche dei problemi ormai globalizzati, richiamando come esempi il terrorismo internazionale e il riscaldamento atmosferico. Dunque, a problemi globali occorre trovare soluzioni globali. L'Autore, poi, descrive brillantemente l'asimmetria fra problemi e soluzioni nell'arena globale. Egli analizza quattro varianti che possono portare a una siffatta asimmetria: (i) vi sono degli Stati che, nonostante l'impossibilità di risolvere problemi globali in maniera singola, ci provano in ogni caso, adottando delle soluzioni nazionali; (ii) vi sono da registrare delle resistenze nazionali alla globalizzazione; (iii) talvolta, esistono delle politiche nazionali che producono problemi globali, che retroagiscono creando problemi ai Paesi autori delle politiche stesse; (iv) esiste un'asimmetria tra economia globale e politiche nazionali, data dal fatto che l'economia si globalizza più rapidamente della politica. L'Autore, poi, rileva come la globalizzazione “*produce molti effetti benefici*”. Un esempio è dato dalla libertà di informazione, garantita dall'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti umani dell'Onu. Attualmente, il mezzo principale per garantire tale libertà è costituito da *Internet* e dal *World Wide Web*. L'Autore, però, è consapevole del fatto che vi sono Paesi che combattono una siffatta cultura e libertà dell'informazione. Si porta come esempio la Cina, la quale avrebbe – secondo le stime – trentamila persone impegnate nella censura, bloccando l'accesso ai siti *Internet* sgraditi al governo cinese. Per aggirare la censura si sono sviluppati i c.d. *proxy servers* che ridirigono i dati da un altro *server*. Per far fronte alla censura che blocca i *prozie*, è stato sviluppato un *software*, liberamente disponibile, che rende difficile ai censori di stabilire quale informazione è inviata, da chi proviene e chi la legge. Infine, l'Autore rileva che «la ripartizione dei benefici della globalizzazione è estremamente ineguale. Paesi ricchi e Paesi poveri beneficiano in modo diverso della globalizzazione. Ma ancora più interessanti dell'ineguale distribuzione dei vantaggi della globalizzazione sono i casi nei quali politiche nazionali producono effetti globali, che si ritorcono a danno degli autori delle politiche nazionali stesse». In conclusione, l'Autore si chiede se “*si può dire che tutti questi squilibri e queste asimmetrie costituiscono un impedimento al progresso della globalizzazione o piuttosto che essi complessivamente agiscano come a machine that runs of itself?*”, S.CASSESE, *Nel labirinto delle globalizzazioni*, Riv. trim. dir. pub., n. 4, 2007, p. 921-930.

Questo riferimento è particolarmente appropriato riguardo alla regolazione dei servizi a rete: si considerino il caso di *roaming* internazionale in cui il regolatore fissa le regole per disciplinare i rapporti tra operatori -italiani ed esteri- e come, alla luce dell'impossibilità di duplicazione dell'ultimo miglio telefonico, sia stato necessario inventare delle regole giuridiche di disciplina dell'accesso alla rete.

Proprio a fronte dell'alto grado di tecnicismo richiesto sono state istituite le Autorità amministrative indipendenti, e adesso si constata che queste siano dipendenti dalla tecnologia e dall'innovazione, e che il diritto si configuri quale una bolla che tenta di racchiuderle.

Al di là delle osservazioni fatte, il rapporto tra tecnica e diritto rileva soprattutto in relazione alla figura del giudice che non è dotato di conoscenze tecniche¹⁹. Si ponga il caso che un giudice sia chiamato a sindacare l'attività dei regolatori. Con quali conoscenze si troverà a verificare se un certo parametro X di connessione sia corretto o meno.

Nei Paesi di tradizione anglosassone già a partire dagli anni '60 i giudici iniziarono ad esercitare un forte controllo sull'attività dei regolatori, mediante analisi minuziose del percorso decisionale da essi seguito per poter giungere alle proprie conclusioni (*hard look doctrine*), sindacando sul potere dell'Autorità. Un altro orientamento prevedeva, invece, un sindacato debole (c.d. *Chevron-style deference*²⁰) che non poteva spingersi su di un piano sostanziale, risultando insindacabile la decisione che non fosse "così irragionevole"²¹.

¹⁹ "(...) se il giudice entra nelle pieghe della scelta tecnica opinabile, diventa a sua volta un'Autorità indipendente ed esercita un compito che non appartiene alle proprie funzioni istituzionali; si rinuncia a farlo, contribuisce a creare minacciosi poteri autoreferenziali che operano in autentiche zone franche" in questo senso si esprime D. IELO, *L'agire legale delle Autorità in Italia e nei paesi esteri*, in S. MARIOTTI-P.G. TORRANI (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità Indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Milano, 2006.

²⁰ Sentenza *Christensen v. Harris Country*, 120, S. Ct., 2000, p. 1665 della Corte Suprema.

²¹ Per un approfondimento sul tema, si veda J.J. CZARNEZKI, *An empirical investigation of judicial decision making, statutory interpretation & the Chevron doctrine in environmental law*, in http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jason_czarnezki.

Non pare che in Italia il problema sia stato risolto: in dottrina, infatti, si è sostenuto che, benché le leggi sanciscano il diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti delle Autorità indipendenti, la violazione delle norme di legge da parte di tali atti è difficilmente deducibile, dal momento che queste sono formulate in termini molto ampi e generici, utilizzando nozioni di natura tecnica²².

Nel nostro ordinamento sembra che nelle ipotesi in cui si tratta di verificare fatti che l'Autorità ha posto alla base della propria decisione, il giudice sia legittimato ad operare un sindacato pieno e nelle ipotesi in cui si fa riferimento a valutazioni tecniche, pare si ricorra ad un controllo debole²³, avente ad oggetto la verifica della

²² M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007, p. 30.

²³ Con l'espressione "controllo debole" si intende l'apprezzamento della ragionevolezza e della coerenza tecnica della decisione amministrativa adottata alla luce di concetti giuridici indeterminati e di valutazioni economiche complesse. Il Consiglio di Stato, con sentenza 23 aprile 2002, n. 2199, nel caso *Axa assicurazioni c. Autorità garante concorrenza e mercato*, ha escluso la possibilità di esercizio di un "controllo forte" su tali attività. Con l'espressione "controllo forte" si intende un potere sostitutivo del giudice, tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del "concetto indeterminato" all'operato dell'Autorità. Cfr., sent. CdS n. 2199/02.

Anche se nel nostro ordinamento le pronunce giurisprudenziali non costituiscono un precedente, non si può negare la fondamentale importanza che le stesse ricoprono sia da un punto di vista di interpretazione delle norme sia per quanto riguarda la creazione o l'evoluzione di principi di diritto. Alla luce delle considerazioni svolte fino a questo momento sembra opportuno tracciare un breve *excursus* di alcune pronunce che hanno avuto l'onere e l'onore di iniziare a tracciare una strada relativa all'evoluzione della posizione delle Autorità indipendenti, delle loro decisioni e del relativo rapporto con il giudice togato. Iniziando con la sent. Cons. St. 14 marzo 2000, n. 1348, si è iniziato a smussare l'insindacabilità che aleggiava intorno alle valutazioni tecniche delle PP.AA. con particolare riguardo alle Autorità indipendenti. Si è affermato che "contro i provvedimenti sanzionatori emanati dall'AGCM è esperibile il ricorso innanzi al giudice amministrativo il quale, peraltro, esercita al riguardo una giurisdizione di mera legittimità, non estesa al merito dei provvedimenti stessi". Con la sent. Cons. St. 2199/2002, si è previsto che "i provvedimenti dell'AGCM sono sindacabili in giudizio per vizi di legittimità e non di merito. Si precisa, altresì, che il sindacato del giudice amministrativo sull'attività discrezionale di natura tecnica esercitata dall'Autorità *antitrust* è un sindacato di tipo debole, che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del concetto indeterminato all'operato dell'Autorità".

logicità del procedimento decisionale d'individuazione del parametro normativo e di raffronto con i fatti accertati utilizzati dall'Autorità.

3. Natura del tentativo obbligatorio di conciliazione e conseguenze sulla tutela giurisdizionale

Si è già detto nel corso di questo lavoro dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e di come questo determini una "pausa" nella procedura e nei confronti del ricorso giurisdizionale. Con riferimento alle controversie fra utenti, o categorie di utenti, ed operatori è previsto dalla procedura che non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Ne deriva che il previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dalla legge si configuri quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale²⁴.

A questo punto appare opportuno definire cosa si intenda con tale concetto. Nel nostro ordinamento si configura l'*improcedibilità* quando mancano le condizioni necessarie perché il ricorso, ritualmente proposto, abbia il suo ulteriore corso.

Dall'*improcedibilità* si deve distinguere l'*inammissibilità* che determina, invece, il rigetto del ricorso.

Per evitare di impelagarsi in critiche e punti di vista contrastanti è necessario partire da una considerazione in ordine alla natura delle Autorità di cui si discorre. Se si configurano come autorità esclusivamente amministrative, si avrà un controllo di legittimità; se, però, interpretiamo la natura dell'Autorità alla luce della funzione paragiurisdizionale che la contraddistingue, appare evidente che l'orientamento giurisprudenziale non è immune da critiche e che la valutazione di sola legittimità dell'operato delle Autorità non sia corretto, configurandosi (come è definito a livello legislativo) una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul tema si legga D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale (dal difensore civico alla tutela del risparmio)*, Padova, 2007.

²⁴ Tribunale di Milano, Sezione XI Civile, Sentenza 31 maggio 2007, n. 6743

Un ricorso è inammissibile quando viene proposto avverso un provvedimento non impugnabile, ovvero la presentazione dell'impugnazione avviene oltre i termini previsti o senza l'osservanza delle forme di legge; il rigetto del ricorso invece si ha, ad esempio, nel caso in cui vi sia mancanza di interesse a proporlo.

Tuttavia la diffusione delle forme stragiudiziali di tutela non passa attraverso la limitazione della tutela giurisdizionale e delle garanzie da questa offerte, anche perché vi sarebbe il vizio di incostituzionalità (in quanto contraria ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., che presuppongono l'incomprimibile diritto, a tutti riconosciuto, di agire in giudizio per difendere i propri interessi).

Pertanto è bene capire come bilanciare la relazione tra la sede alternativa e quella giurisdizionale di tutela, visto che si parla di un rapporto tra due piani differenti ma strettamente connessi²⁵.

La scelta in merito all'esperimento del rimedio alternativo può essere facoltativo, ossia rimesso alle parti, ovvero obbligatorio, cioè previsto dalla legge che obbliga le parti ad un confronto tentando di risolvere il conflitto prima di rivolgersi al giudice.

Sebbene la facoltatività sia conforme all'art. 24 Cost., l'obbligatorietà risponde ad esigenze concrete ed effettive²⁶.

Si potrebbe parlare di pregiudizialità del rimedio alternativo che si configura quale condizione di proponibilità della stessa azione giurisdizionale, le cui sorti sono dunque condizionate dall'esperimento preventivo dei mezzi di tutela alternativa; aspetto che si pone in evidente contrasto con l'art. 24 Cost., il quale, al contrario, non tollera subordinazioni in tal senso.

Qualora la pregiudizialità sia configurata quale condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale, la subordinazione di cui sopra non si realizza, in quanto l'eventuale decorso del termine di presentazione del rimedio amministrativo non

²⁵ M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007, p. 111.

²⁶ Quali ad esempio alla riduzione del carico della giustizia togata, della celerità delle decisioni e di un riequilibrio delle parti coinvolte. Sul tema si consulti G. SCARSELLI, *Limiti al diritto di azione e interventi della Corte costituzionale nel processo civile*, nota a Corte Cost., 1 luglio 1986, n. 179, in *Foro it.*, 1987, I e M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1970.

comporta, in capo al soggetto, la perdita del diritto d'azione, il cui esercizio viene semplicemente differito nel tempo. In tal caso le ipotesi di giurisdizione "condizionata" risultano del tutto compatibili con l'assetto costituzionale e, anzi, rappresentano una soluzione più equilibrata in ordine alla ricerca di un giusto contemperamento tra l'esigenza di garantire il diritto d'azione e l'esigenza di evitarne l'abuso con la conseguente paralisi delle aule giurisdizionali²⁷.

4. Il nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs 2 luglio 2010, n. 104).

In questo elaborato si è tentato di offrire una panoramica degli ADR quale strumento predisposto per ampliare l'offerta di tutela di cui è possibile disporre e di come, in un certo senso, tali strumenti tentino di rispondere ad una maggiore effettività delle tutele.

Fino a questo punto si è parlato di come il sistema giurisdizionale italiano sia considerato inadeguato da parte dei suoi fruitori. E' emersa insoddisfazione per quanto riguarda i tempi ed i costi delle decisioni adottate (per indicare solo alcuni aspetti); insoddisfazione che può essere sintetizzata e riferita alla generale scarsa effettività del nostro sistema.

L'art. 44 della l. 69/09 pone come aspetto di fondamentale importanza assicurare "la concentrazione delle tutele". Questo si pone quale principio generale di riferimento ed in linea con la finalità l'art. 24 Cost., che garantisce l'effettività della tutela giurisdizionale.

²⁷ Questo è l'orientamento che a livello giurisprudenziale prevale. La Corte costituzionale, con sentenza n. 276/2000 in tema di controversie di lavoro, ha affermato che il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quelle conseguita attraverso il processo.

Il legislatore ha colto la centralità del problema dell'effettività della tutela, problema su cui è necessario intervenire tempestivamente. L'obiettivo è garantire un livello di protezione giurisdizionale, attraverso un offerta di strumenti in grado di assicurare "il bene della vita" e un livello di soddisfazione adeguato a quello che un ordinamento sviluppato e democratico deve garantire²⁸.

L'Italia, secondo una graduatoria redatta dalla World Bank, sull'efficienza del sistema giudiziario civile (2009) mondiale, si trova al 156° posto, sui 181 sistemi giudiziari considerati.

Secondo parte della dottrina (A. Pajino) tutte le volte in cui non è possibile garantire una tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive degli individui è possibile configurare un fallimento del sistema giurisdizionale adottato. E dunque non è più accettabile che ad oggi un Paese come l'Italia, che si dice "laico" e di diritto, non sia in grado di fornire una tutela adeguata, efficace ed effettiva per ogni diritto leso.

Sempre lo stesso studioso sostiene che, seppur vi sia una diversificazione tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, l'idea di fondo, -ciò che rappresenta sia il comune denominatore sia l'obiettivo cui tendere- è l'unità del sistema di tutela previsto.

Se si sostiene, quindi, che le due giurisdizioni (ordinaria e amministrativa) operano in complementarietà e rappresentano parti ed aspetti diversi di un unico sistema volto al raggiungimento di una tutela effettiva, si potrebbe argomentare ulteriormente che anche i rimedi di ADR si possono far rientrare tra gli strumenti volti a realizzare un'effettività della tutela verso cui l'ordinamento è proiettato.

Il fatto che sistemi giurisdizionali e ADR operino su piani differenti non è rilevante, se non per studiosi e teorici del diritto, se il fine per il quale sono previsti è il medesimo: assicurare il bene della vita. Se è pacifica la convivenza tra due diverse giurisdizioni (tradizionalmente antagoniste) all'interno dello stesso sistema, l'inserimento dei rimedi non giurisdizionali dovrebbe "preoccupare" ancora meno poiché -di fatto- non vanno ad intaccare aspetti delle rispettive giurisdizioni né loro

²⁸ In questi termini si esprime A. PAJINO, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *L'insegnamento di Vittorio Bachelet venti anni dopo: giustizia e garanzia nei rapporti con le istituzioni*, Roma, 2002.

ambiti di competenza, visto che (ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.) è sempre possibile proporre ricorso secondo le disposizioni di legge.

5. Azioni individuali e class action, pericolo di una sovrapposizione di tutela

Se, come detto, il sistema di ADR è collegato al sistema giurisdizionale dalla medesima *ratio*, (tentare di) assicurare una tutela effettiva, garantendo (un diffuso) accesso alla giustizia, *a fortiori* tale collegamento sussiste anche con i rimedi previsti per fronteggiare le *small claim*, ossia quelle controversie il cui valore è particolarmente modesto.

Attraverso la previsione di tali rimedi che si fondano sulla rapidità delle procedure e su costi contenuti, è possibile fornire un effettivo accesso alla giustizia diversificandolo in relazione alle tipologie di controversie sottese.

Tradizionalmente negli Stati Uniti si è risolto il problema di offrire tutela anche nelle liti di modesta entità che vedrebbero automaticamente il consumatore in una posizione di soccombenza, in considerazione del fatto che non converrebbe al singolo instaurare un giudizio per vedersi riconosciuto un diritto cui corrisponde un modesto valore economico. In questo modo non si offrirebbe motivo alle società per cambiare politica, anzi si andrebbero a consolidare (e legittimare indirettamente) i loro comportamenti visto che da questi derivano lesioni di diritti talmente minimi cui quasi mai corrisponde un'azione –singola- del soggetto leso.

Gli Stati Uniti hanno previsto, per questo tipo di controversie che hanno la caratteristica della serialità, il rimedio delle *class action*, ossia di giudizi concernenti un elevato numero di parti. Con tale strumento si rende possibile un notevole abbattimento dei costi del contenzioso, consentendo quindi il superamento del principale ostacolo all'accesso alla giustizia che si presenta in occasione delle controversie seriali: la spesa di giudizio.

Dal punto di vista formale la *class action* è promossa non da una associazione, ma da un componente del gruppo, ritenuto dal giudice adeguatamente rappresentativo dello stesso.

In Italia si parla di *class action* con riferimento al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, definito Codice del Consumo. L'art 2. (comma 446) della legge 24 dicembre 2007 n. 244²⁹ inserì nel Codice l'art. 140-bis che prevedeva la possibilità per le associazioni di consumatori ed utenti di proporre un'azione collettiva risarcitoria, per illeciti contrattuali ed extracontrattuali, contro imprese come tutela dei consumatori.

Tale previsione, tuttavia, non è mai entrata in vigore³⁰. Successivamente, con la Legge 23 luglio 2009, n. 99³¹, si è intervenuti con una disciplina generale in materia. Con tale intervento si è ampliato l'ambito di legittimazione ad agire, prevedendo la possibilità di proporre l'azione non solo in capo alle associazioni di consumatori ed utenti, ma anche in capo ai singoli; è scritto, infatti, che *“I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui da' mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.”*

Inoltre proseguendo nella lettura dell'articolo, si evince, che i soggetti che ricorrono a tale forma di tutela rinunciano ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale che sia fondata sul medesimo titolo.

A questo punto, una volta spiegato succintamente l'ambito di applicazione di tali rimedi e i soggetti che possono ricorrervi, è spontanea una riflessione relativamente

²⁹ La legge finanziaria del 2008.

³⁰ L'entrata in vigore è sempre stata prorogata per ben due volte: la prima ad opera dell'art. 19 del decreto legge 30 dicembre 2008 n. 207 (convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009 n.14) e, in un secondo momento, dall'art.16 della Legge 3 agosto 2009 n.102 “recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali” con cui il termine da diciotto mesi è stato sostituito dal termine di ventiquattro mesi.

³¹ Le modifiche sono state introdotte dall'art. 49 “Modifica dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 20”

alla portata degli strumenti collettivi in relazione agli strumenti di ADR considerati sino a questo momento, come ad esempio la conciliazione.

Sebbene l'obiettivo sia quello di dare una risposta a tutte quelle fattispecie in cui il consumatore o l'utente rinunci a far valere i propri diritti nei confronti dei comportamenti penalizzanti delle imprese quando i costi da sostenere risultano essere sproporzionati rispetto all'entità del danno, si devono sottolineare alcuni aspetti problematici del sistema in questione, in primo luogo il rapporto tra tutela individuale e tutela collettiva. Riferimento chiaro a questa situazione è dato dal comma IX dell'art. 140 del Codice del Consumo che prevede *“le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni”*.

Da questa indicazione si evince come si tratti, anche in questo caso, di due tipologie di tutela che sono più che alternative, complementari. Nel rapporto tra le azioni collettive non risulta alcuna relazione di consequenzialità” e l'esercizio delle azioni risarcitorie individuali non risultano pregiudicate dall'azione collettiva. Inoltre è come se risultasse una sorta di generalità della tutela in relazione ai singoli rimedi accordati ai soggetti, figurando quale elemento di tutela ulteriore quello previsto dalle *class action*, risultando quindi più che un moltiplicarsi dei rimedi previsti, la previsione di più rimedi in modo da poter scegliere quello più rispondente alle esigenze del caso concreto.

Anche in questo caso, quindi, nonostante alcune aree in cui appare possibile il verificarsi di una sovrapposizione di aree di intervento, i due rimedi rimangono distinti, ampliando la tutela in capo ai consumatori e agli utenti, in ogni caso non potendosi riscontrare che le azioni collettive incidano negativamente su quelle ad istanza individuale.

Un altro aspetto da definire attiene all'individuazione del foro competente territorialmente. Infatti, se in tema di conciliazione (presso le camere di commercio, ovvero presso le *authorities* ed altri centri riconosciuti) facile e certo è individuare il luogo in cui tale procedura deve essere svolta, stessa semplicità non opera nel caso delle *class action*. Si dovrebbe fare riferimento al foro del consumatore ma- in caso di *class action* – si avrebbero non pochi problemi di carattere applicativo.

Alla luce di quanto detto appare possibile contrastare l'azione delle imprese, quando dai loro comportamenti derivino delle *small claims*, con lo strumento dell'azione collettiva che in genere finisce per spingere l'utente a non rinunciare ai propri diritti. Concludendo, è opportuno procedere con cautela relativamente al rapporto tra l'azione di classe e la mediazione civile introdotta con il D.lgs. 4 marzo 2010 n 28 (art. 5 e art. 15), nonché relativamente ad altri ambiti di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141 del Codice di Consumo.

6. La mediazione nel processo civile

Con il D.lgs. 4 marzo 2010 n 28 “Attuazione dell’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 60, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” si è visto, dopo diversi anni di dispute nel settore e in sede legislativa, l’ingresso della mediazione nel processo civile.

Con tale intervento, in base alla disposizione dell’art. 23 del presente decreto, si sono “inglobati” nella disciplina anche le cause di cui all’art. 1 del D.Lgs. 5/2003 in tema di conciliazione societaria.

La legge 69/2009 ha la peculiarità di non prevedere una procedura rigida e fissa della mediazione, affidandosi piuttosto agli “esperti del settore” che hanno affrontato casi con esito positivo, in quanto a serietà e quantità di esperienza accumulata³².

Per *mediazione* si intende la procedura, caratterizzata dal susseguirsi di fasi ed incontri attraverso i quali si giunge ad un accordo in una controversia, conciliandola. Nell’ottica della normativa di recente attuazione la conciliazione è, piuttosto che una procedura in sé, il risultato della procedura di mediazione; conciliazione quale effetto della mediazione.

Ai sensi dell’art. 1, lett. a), D.Lgs 28/10, “*L’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca*

³² E’ previsto, infatti, che “*Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti*” (art. 3 D.Lgs. 28/10)

di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.”

La scelta del legislatore di intraprendere tale direzione è sintomatica della consapevolezza della crisi che il nostro sistema di giustizia sta vivendo. Sebbene con questo intervento si tenti di ridurre i costi e i tempi, sia per i cittadini sia per le imprese, ottimizzando al massimo le possibilità per recuperare il rapporto tra questi (tutelandolo in un’ottica futura di reciproco interesse), non può negarsi che la principale motivazione della sua adozione sia proprio quella di realizzare un’azione deflattiva del contenzioso. Si ritiene, infatti, che il processo civile non sia idoneo a ricevere tutte le tipologie di controversie che l’investono; tuttavia se tale posizione è condivisa, non si capisce per quale motivo tale normativa abbia tardato così tanto ad essere emanata.

Si può azzardare, sintetizzando (forse) eccessivamente, che l’obiettivo indiscusso della mediazione è tentare di aiutare le parti coinvolte in una controversia a comporla autonomamente tramite un accordo, le cui condizioni e termini sono definiti e accettati dalle stesse in caso di esito positivo della procedura.

L’ambito di applicazione soggettivo è molto ampio; è previsto, infatti, che *“Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale.”* (art. 2)

Sono previste diverse tipologie di mediazione:

- mediazione spontanea*, ossia volontaria, stragiudiziale ed extraprocessuale (nel senso che non è collegata all’esistenza di un processo tra le parti);
- *mediazione delegata*, ossia una mediazione sempre volontaria e stragiudiziale ma che avviene su impulso del giudice;
- mediazione obbligatoria*, ossia prevista quale condizione di procedibilità³³ in determinati casi previsti dalla legge.

Quest ultimo caso è disciplinato dall’art. 5 del decreto che prevede espressamente le materie³⁴ per la quali l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di

³³ Vd. *Supra* il significato di procedibilità

procedibilità della domanda giudiziale. Si sottolinea come l'inosservanza di tale condizione debba essere eccepita, a pena di decadenza, entro la prima udienza e che, se non sollevata dal convenuto può essere rilevata anche dal giudice d'ufficio.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione, dalla procedura di mediazione sono coinvolte generalmente le controversie in ambito civile e commerciale sui diritti disponibili³⁵. La *ratio* sottesa a questa scelta del legislatore di prevedere in alcuni casi l'obbligatorietà della procedura è da rinvenirsi nella continuità dei rapporti sottostanti. Si ritiene, infatti, che si intendono salvaguardare quei rapporti tra le parti che continuano dopo la definizione della controversia, ad es. in materia di condominio o di affitto, ovvero che hanno una grande diffusione, come ad esempio in materia di contratti assicurativi o bancari.

Gli organismi presso i quali è possibile svolgere la procedura di mediazione³⁶ devono rispettare diversi requisiti, in primo luogo quello dell'iscrizione nell'apposito registro presso il Ministero della Giustizia (D.M. 18 ottobre 2010, n. 180).

Per quanto attiene al procedimento si farà riferimento all'art. 8, che prevede la presentazione della domanda di mediazione presso l'organismo di mediazione scelto e la designazione di uno o più mediatori; successivamente l'organismo di mediazione e l'istante comunicano alle altre parti la domanda di mediazione e la data del primo incontro. Entro 15 giorni dal deposito dell'istanza si svolge il primo incontro senza particolari formalità. E' previsto che *“il regolamento di procedura dell'organismo*

³⁴ Condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitti di aziende, risarcimento danni (da circolazione autoveicoli e natanti, da responsabilità medica, da diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo), contratti (assicurativi, bancari e finanziari).

³⁵ Si veda il quarto comma dell'art. 5 D.Lgs 28/10 per quanto riguarda i procedimenti esclusi dall'applicazione di tale normativa. Tale norma è la diretta attuazione di quanto previsto dall'art 5 della direttiva 2008/52/CE che prevede *“L'organo giurisdizionale investito di una causa, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivo o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio ed il procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”*.

³⁶ D.Lgs. 28/10, artt. 16, comma primo, 18, comma primo, 19, comma primo e secondo.

deve prevedere le modalità di calcolo e la liquidazione dei compensi spettanti agli esperti”.

Particolarità, e filo conduttore rispetto a quanto detto sino ad adesso, è la mancata previsione della difesa tecnica obbligatoria; tuttavia si evince dalla prassi che gli stessi organismi di conciliazione ne consiglino l'adozione per una maggiore sicurezza nel corso della mediazione e in prospettiva di un esito negativo della stessa, per un'assistenza più accurata nel corso del processo.

Il procedimento si può concludere con un accordo tra le parti, raggiunto amichevolmente ovvero con l'ausilio del mediatore mediante adesione alla proposta conciliativa del mediatore; oppure, in caso di esito negativo, con una mancata conciliazione che può derivare da un mancato accordo tra le parti ovvero essere la conseguenza del rifiuto della proposta conciliativa fatta dal mediatore.

L'esito positivo della conciliazione si ha con un atto di autonomia privata che ha natura negoziale. Nel verbale di conciliazione è contenuto il testo dell'accordo tra le parti con la loro sottoscrizione; nel caso in cui si faccia riferimento a contratti per i quali è necessaria la trascrizione o annotazioni in registri immobiliari, sarà necessario l'intervento di un pubblico ufficiale per l'autentica della sottoscrizione. E' prevista la possibilità di chiedere l'omologazione del verbale di conciliazione con un'istanza al presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo presso cui si è svolta la mediazione.

Nel caso in cui l'accordo non sia raggiunto si precisa se non c'è stata proposta del mediatore (alcuna conseguenza è prevista fuori del procedimento); se entrambe o una delle parti non aderisce alla proposta del mediatore (si potrà applicare quanto previsto dall'art. 13 relativo alle spese processuali); ovvero se una parte non ha preso parte alla procedura (il giudice può considerare tale comportamento nel giudizio successivo secondo le disposizioni del codice di procedura civile).

In via generale si può dire che la procedura di mediazione determina l'interruzione e la sospensione della prescrizione dalla data di comunicazione della domanda di mediazione alle altre parti e impedisce la decadenza.

Anche se si è sempre sottolineato come il ricorso a tali procedure avviene per le liti di modico valore economico, si deve sottolineare come la mediazione stia

acquisendo un'importanza trasversale, nel senso che coinvolge non più esclusivamente controversie di modesto valore economico ma anche di notevole valore, nelle quali un esito giudiziale avrebbe un effetto molto negativo tra le parti, in special modo, se è coinvolta una società e, quindi indirettamente, i suoi interessi economici.

Aspetto che non può non ricordarsi è quello relativo al profilo economico, ossia alle spese e agli aspetti fiscali. Dal punto di vista dei costi, oltre ad un contributo iniziale di € 40 per ciascuna parte, sono previsti degli scaglioni di spesa contenuti nella tabella A, allegata al D.M. 180/10.

E', inoltre, opportuno precisare che vi è la possibilità di accedere gratuitamente a tali procedure per i non abbienti, a fronte di idonea documentazione secondo quanto indicato all'art. 5, comma primo.

Al di là dei costi, notevolmente contenuti, non è di minore importanza sottolineare le disposizioni relative ad agevolazioni fiscali previste dagli artt. 17 "Risorse, regime tributario e indennità" e 20 "Credito d'imposta".

E' prevista l'esenzione da imposta di bollo, e da ogni spesa, tassa o diritto su atti, documenti e provvedimenti della procedura di mediazione; l'esenzione da imposta di registro sul verbale di accordo (limite di valore: € 50.000) e un credito di imposta commisurato all'indennità pagata al mediatore (fino alla concorrenza di € 500), ridotto alla metà in caso di insuccesso della mediazione.

Tali norme che regolano gli aspetti fiscali della procedura di mediazione sono possibili grazie al "Fondo unico giustizia" del Ministero della Giustizia (secondo quanto indicato all'art. 17, comma ottavo). Si desume pertanto la palese intenzione del legislatore di favorire il più possibile il ricorso allo strumento della mediazione nella speranza di conseguire una riduzione del contenzioso in Italia.

7. *Prospettive: verso un'armonizzazione con l'istituzione del Berec. Dall'Alternative Dispute Resolution all' Appropriate Dispute Resolution.*

Si è visto come il settore delle comunicazioni sia in costante sviluppo e come, quindi, anche la disciplina che lo regola sia soggetta ad una continua evoluzione e aggiornamento. Tale attività avviene principalmente su impulso comunitario che adotta periodicamente dei provvedimenti che devono poi essere attuati a livello nazionale. In tale ambito, l'Unione Europea, adotta anche degli strumenti che sono frutto di un intenso dialogo e confronto con gli Stati membri (ricorrendo allo strumento delle *best practices* delle singole realtà nazionali).

Ultimo intervento normativo di matrice comunitaria è stato il “pacchetto” del 2009 che è intervenuto sulle principali disposizioni in materia di telecomunicazioni.

E' parte di questo pacchetto il Regolamento del 25 novembre 2009, n. 1211 che ha istituito il *Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC)*, regolandone la composizione e il funzionamento. L'obiettivo principale che sottende a tale organismo è migliorare l'armonizzazione regolamentare a livello comunitario mediante la cooperazione tra le autorità nazionali di regolazione, e conseguentemente, ma non secondariamente, creare un mercato interno delle reti di comunicazioni elettroniche.

Tale Regolamento, in quanto direttamente applicabile nelle singole giurisdizioni domestiche ed entrato in vigore dopo l'ordinario periodo di *vacatio legis*.

A far data dal 7 gennaio 2010, il BEREC ha ufficialmente vestito gli abiti di successore del Gruppo dei Regolatori Europei (ERG)³⁷, quale organismo di cooperazione regolamentare tra le autorità nazionali e la Commissione europea³⁸.

Non appare superfluo interrogarsi sul motivo che ha determinato la creazione di un organismo *ex novo* se ne esisteva già uno. Chiaro è che le competenze sono parzialmente diverse, ma ci si chiede, se in un ottica di economicità, non sarebbe

³⁷ L'ERG fu istituito con decisione 2002/627/CE.

³⁸ La prima riunione del BEREC si è tenuta in data il 28 gennaio 2011, si sono definiti in tale sede i regolamenti interni e gli indirizzi da perseguire per l'immediata ed effettiva operatività del Comitato dei regolatori e del Comitato di gestione (BEREC/Ufficio).

stato più opportuno rafforzare e modificare i poteri e il ruolo dell'ERG, anche intervenendo con una modifica strutturale che lo rendesse più idoneo al perseguimento degli obiettivi di politica comunitaria, piuttosto che istituire un nuovo organismo nel panorama istituzionale.

In ragione di questo particolare aspetto “di staffetta” tra i due organismi ha assunto notevole importanza la fase di transizione da ERG a BEREC sia nella definizione degli aspetti giuridico-normativi, sia per quanto attiene agli aspetti procedurali ed organizzativi del nuovo organismo.

Si legge nel Regolamento istitutivo che il “*BEREC should continue the work of the ERG, developing cooperation among NRAs, and between NRAs and the Commission, so as to ensure the consistent application in all Member States of the EU regulatory framework for electronic communications networks and services, and there by contributing to the development of the internal market*”.

Tale organismo, che per lo svolgimento delle sue attività si avvale di risorse provenienti da sovvenzioni comunitarie e dai contributi finanziari degli Stati membri o delle loro ANR (versati su base volontaria), deve promuovere la cooperazione tra le autorità nazionali e la Commissione europea al fine di aiutare a sviluppare il mercato interno e deve altresì svolgere attività di raccordo e consulenza con il Parlamento europeo e il Consiglio nel settore delle tlc.

Una delle principali innovazioni rispetto alla precedente struttura dell'ERG sta nella mancata riconduzione al modello dell'agenzia comunitaria. Il BEREC non ha personalità giuridica ed ha una natura assimilabile a quella di un comitato³⁹ costituito dalla rappresentanza delle ANR degli Stati membri.

In particolare si individuano due livelli istituzionali: il primo costituito da quanto appena descritto, e il secondo costituito dall'Ufficio di supporto, che si configura quale ente di diritto comunitario guidato da un direttore amministrativo⁴⁰.

³⁹ I compiti principali del comitato, oltre alla consulenza sull'attività della Commissione rilevante per il settore delle telecomunicazioni, sono relativi alla pubblicazione dei pareri resi dalle autorità nazionali su progetti riguardanti la regolazione del mercato su ciò che attiene alla designazione delle imprese detentrici di un significativo potere di mercato (SMP).

⁴⁰ Compito di tale Ufficio è quello di garantire l'operatività dell'*Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche*, ossia del BEREC.

Analizzando più da vicino tale Ufficio, si vede come non abbia una struttura semplice, bensì si articoli in due rami: un comitato di gestione, in cui oltre ai membri del comitato dei regolatori vi è anche una rappresentanza della Commissione (attraverso un suo membro); e un direttore amministrativo, cui è attribuita la responsabilità della direzione dell'Ufficio.

Per quanto riguarda invece i tratti comuni dei due organismi, si deve sottolineare che il BEREC ha conservato il modello *bottom-up* per i processi regolamentari, sulla scia della positiva esperienza realizzata dall'ERG.

E' opportuno precisare che diversi sono i modi mediante i quali si realizzano il raccordo tra le (diverse) amministrazioni coinvolte nei procedimenti in tale settore. In primo luogo si deve sottolineare che si tratta di un esercizio della funzione amministrativa tra più livelli: quello locale, nazionale e comunitario.

Nel caso dei procedimenti svolti presso il BEREC si tratta di procedimenti compositi ossia di procedimenti che, sebbene di rilevanza comunitaria, si compongono anche di fasi nazionali. Il sistema *multy level administration* (S. Cassese) fa sì che non è possibile ridurre ad unità i diversi tipi di procedimenti che si determinano di volta in volta in relazione alla fattispecie di riferimento. Esistono, infatti, diverse tipologie di procedimenti che sono utilizzati in relazione alla funzione che deve essere posta in essere o per quel dato fine che deve essere raggiunto. Si tratta di procedimenti a carattere verticale (*bottom up* o *top down*) o a carattere orizzontale tra diversi Stati, il

Si legge letteralmente nella Relazione annuale Agcom 2010 “(...) *un modello istituzionale innovativo, radicalmente diverso rispetto all'originaria proposta della Commissione (basata sul tradizionale modello dell'agenzia comunitaria) e caratterizzato da due livelli istituzionali: il primo livello è costituito dal BEREC, organismo privo di personalità giuridica, costituito, nel suo organo decisionale (il Comitato dei regolatori), dai vertici delle 27 autorità nazionali di settore e titolare delle responsabilità istituzionali previste dal nuovo quadro in tema di cooperazione regolamentare (su tutte, la partecipazione al nuovo processo regolamentare disegnato dagli articoli 7 e 7a) della direttiva Quadro). L'operatività quotidiana dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche viene invece assicurata dal secondo livello organizzativo, costituito da un Ufficio di supporto, ente di diritto comunitario guidato da un direttore amministrativo, in base alle indicazioni fornite dal BEREC stesso*”.

cui denominatore comune è dato dalla collaborazione che si realizza tra i diversi soggetti coinvolti, siano essi Stati, Autorità, o Uffici di una stessa realtà nazionale.

Si può dire senza pericolo di cadere in errore che a livello comunitario si è venuto a costituire un'amministrazione composita che s'ispira ad un approccio settoriale e che in relazione all'obiettivo che si prefigge, differenzia e adatta le procedure di cui dispone per il suo raggiungimento⁴¹.

In relazione al modello regolamentare *bottom-up*, il BEREC andrebbe a rivestire anche una posizione di filtro in tema di *remedies*. E' previsto all'art. 7 della direttiva quadro che alla Commissione siano riconosciuti maggiori poteri in materia di armonizzazione degli obblighi regolamentari, prevedendo altresì la possibilità di ricorrere ad una fase di valutazione delle misure adottate a livello nazionale per l'adozione di quanto previsto in sede regolamentare comunitaria.

Nell'ipotesi in cui la Commissione inizi questa valutazione sui *remedies* adottati a livello domestico, il BEREC esprimerà un parere a riguardo e realizzerà una collaborazione con l'Autorità nazionale cui è stata indirizzata la censura della Commissione.

Nell'esperimento di tale procedura è di fondamentale importanza sottolineare che, in ottemperanza al principio di sussidiarietà, le Autorità nazionali possono discostarsi da quanto espresso dal BEREC e quanto riscontrato dalla Commissione.

⁴¹ Sul tema si veda S. CASSESE, *Diritti amministrativi nazionali e diritti amministrativi comunitari*, in M. P. CHITI e C. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo comunitario*, 2007; C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002; G. DELLA CANANEA, *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO, (a cura di) *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007 ; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi della Unione europea*, in M.P. CHITI e G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, p. 351.

Per una valutazione delle pronunce della Corte di Giustizia relativa agli sviluppi in materia di integrazione amministrativa europea si veda L. AZOULAI, *Gli sviluppi recenti dell'integrazione amministrativa europea attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in S. BATTINI e G. VESPERINI, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

Se lo sviluppo cui si sta assistendo è indubbiamente rivolto verso una regolamentazione e armonizzazione della stessa a livello comunitario, non può non farsi riferimento a quanto previsto all'art. 1, paragrafo 3, della direttiva quadro che interviene sull'art. 3 della direttiva 2002/21/CE specificando che *“Gli Stati membri provvedono affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati.”* E' come se si volesse riconoscere ed enfatizzare una sorta di rafforzamento dell'indipendenza dei regolatori nazionali a fronte di uno scenario sempre più ad appannaggio degli attori comunitari.

Sicuramente non si vuole diminuire l'importanza delle Autorità nazionali, anche perché di fatto i provvedimenti adottati a livello ultranazionale sono sempre più il frutto di un confronto costante tra i diversi attori che operano nel settore delle telecomunicazioni. Si può parlare sempre più diffusamente di co-decisioni -con un'accezione atecnica, intendendo con tale termine il risultato di un confronto e di un dialogo che si contrappone allo storico provvedimento che promana da una singola amministrazione.

Si sta realizzando un concerto regolamentare che coinvolge sempre più soggetti, sempre più in un ottica di confronto costruttivo. Se ciò è vero e indiscutibili sono gli aspetti positivi, non può però non menzionare quelli che potrebbero rappresentare alcune sfumature criticabili.

E' sicuro che anche se si parla di armonizzazione del diritto di derivazione comunitaria, non si realizzi un appiattimento delle legislazioni nazionali, piuttosto che un'esaltazione delle loro differenze?

Ed ancora se si continua in tale ottica potrebbero svuotarsi sempre più i poteri che le Autorità nazionali si sono viste attribuite, finendo per rimanere dei meri esecutori della volontà europea.

Ma se l'Europa è fatta di Stati e di funzionari delle singole ANR, per poter uscire da questo dilemma è opportuno che non si invadano le rispettive sfere di competenza e che tutto operi in un perfetto, seppure difficile, equilibrio. Ognuno deve fare la

propria parte senza prevaricare l'altro e soprattutto avendo come fine ultimo la condivisione dell'obiettivo cui si tende.

Secondo il commissario europeo V. Reding, obiettivo del BEREC è quello di eliminare gli aspetti negativi dei confini nazionali nel settore delle telecomunicazioni sì da creare un mercato basato sulla concorrenza e che sia uniforme anche nella sua regolazione.

CONCLUSIONI

1. La rilevanza dei rimedi alternativi. Un primo bilancio

L'importanza che le reti di comunicazione hanno assunto nella società odierna è in continuo aumento. E' sufficiente guardare all'entità della circolazione di informazioni, alle distanze coperte, al volume di dati trasmessi ed anche al numero sempre crescente di utenti. E' possibile individuare due cause che hanno determinato questo scenario: l'innovazione tecnologica, sviluppatasi tanto rapidamente nel corso degli ultimi anni con impiego dei relativi strumenti diventati oggi di uso comune, e il passaggio da un sistema monopolistico ad uno liberalizzato.

Primo dato rilevante che si è avuto con la liberalizzazione delle telecomunicazioni è stato l'aumento di nuovi soggetti che si sono rivolti all'Autorità di settore per far valere i loro diritti, soprattutto nei confronti dell'ex-monopolista.

L'analisi svolta ha dato modo di comprendere l'importanza di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, nonostante vi siano alcuni dubbi interpretativi ed incertezze che ancora li caratterizzano. Si evidenzia il rapporto fra qualità dei rimedi e il loro essere informale, sottolineando l'importanza del rispetto delle garanzie più elementari nell'attività di composizione del conflitto; a tal proposito si nota come sia immediato il riferimento per tali strumenti a principi quale il *due process of law*. Si deve precisare che non vi è alcuna relazione fra maggior semplicità procedurale e allentamento delle garanzie di ottenere esiti soddisfacenti e non contraddittori.

“Se la natura pubblica delle autorità indipendenti potrebbe essere soggetta alla corruzione dei pubblici poteri si pone un ulteriore problema per quanto riguarda il profilo della funzionalizzazione all'attività amministrativa. Le forme di tutela procedimentali devono perciò potersi realizzare nel massimo grado auspicabile, per

assurgere a strumento di tutela dal provvedimento ed elevare così il procedimento al ruolo di antidoto alla costitutiva mancanza delle garanzie che assistono il giudice”¹.

Si tenta di fronteggiare il problema della giustizia (specialmente in Italia) e dare risposte concrete al problema dell’effettività della tutela. Obiettivo è rispondere alla crisi della giustizia cui stiamo assistendo provando a garantire un’*access to justice*², predisponendo, in modo settoriale e specifico, forme di tutela più rapide e meno costose rispetto ai rimedi classici, sì da combattere realmente il problema dell’ingolfamento del sistema di giustizia. Non può negarsi che, se in passato si riteneva che quanto previsto dal Parlamento fosse sufficiente al “quieto vivere”, oggi appare necessario prevedere soluzioni specifiche per le numerose fattispecie che si vengono a realizzare³.

E’ chiaro che con riguardo a tali sistemi alternativi ci sono posizioni contrastanti⁴ costituite da forti sostenitori e altrettanti scettici. Tuttavia è indubbio il potenziale che essi presentano, se utilizzati con metodo. Oggi alla luce anche degli interventi legislativi che hanno portato all’introduzione della mediazione nel processo civile, non si può non considerare che attraverso alcune modifiche al sistema giudiziario è possibile tentare di recuperare la difficile situazione in cui questo versa.

E’ opportuno fare una precisazione relativamente a quanti non vedano aspetti positivi *autonomi* di tali rimedi. Si può tentare di giungere ad un aspetto positivo *mediato*, ossia vedere le procedure in oggetto quale mezzo per raggiungere un obiettivo ulteriore: deflazione del sistema giudiziario. Se non si è in grado di condividere la

¹ M. SIMONCINI, *Amministrazione giustiziale e autorità amministrative indipendenti: profili comparati di tutela*, *Law Electronic Journal*, n. 15, 2009.

² “(...) vi è l’esigenza, diffusa in tutti gli ordinamenti giuridici, di rispondere in modo efficace e nuovo alla espansione della domanda di giustizia, tipica delle società evolute”, M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, M.P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

³ Si veda A. SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L’esperienza francese*, Trento, 2004, p.158.

⁴ Per tutti si legga H.T. EDWARDS, *Alternative dispute resolution: Panacea or Anathema?*, *Harvard Law Review*, 1986, 99, p. 668-684.

portata di tali rimedi non può non condividersi il fatto che possono rappresentare una risposta effettiva al problema del sovraccarico dei tribunali.

Da queste poche osservazioni si potrebbe dedurre che uno dei principali ostacoli sia rappresentato proprio dagli operatori del diritto, che considerano il ricorso a strumenti diversi dal processo come un pericolo di riduzione del proprio lavoro e, quindi, dei propri guadagni.

Il terreno sul quale si dovrebbe investire per riconoscere agli ADR un ruolo di primo livello è la mentalità degli avvocati, che, non avendo vissuto in precedenza questa convivenza, è come se si vedessero sottrarre una loro prerogativa. Si deve operare in tale direzione se non si vuole giungere ad una “guerra di mestieri” e considerare che gli avvocati, proprio per la loro elevata professionalità, non dovrebbero temere tali innovazioni e specializzarsi ulteriormente sì da offrire un valore aggiunto con la loro consulenza.

Un aspetto importante comune a quanti non condividono la *ratio* di queste procedure è il fatto di non avere un atteggiamento propositivo che sia finalizzato a migliorare gli aspetti negativi del sistema della giustizia. In questo modo non si pone l’attenzione sul fatto che non contribuire al miglioramento dell’offerta della giustizia, si traduce automaticamente in una valorizzazione della tutela informale su quella giurisdizionale⁵.

E’ opportuno sottolineare, per quanti ritengano che attraverso i rimedi alternativi sia più difficile tutelare l’eguaglianza tra le parti in lite, come anche la tutela giurisdizionale presenti gli stessi svantaggi di quella informale. Anche in sede giurisdizionale, infatti, si può indurre la parte più debole ad accogliere una soluzione transattiva non pienamente soddisfattoria⁶.

⁵ Su questo tema, è interessante tradurre liberamente le considerazioni di M.PALMER, S. ROBERTS, *Dispute Processes. ADR and the primary forms of decision making*, London, 1998, p. 36, i quali, sottolineano il fatto che “(...) risulta, non senza ironia, un eroico tentativo di salvataggio, se non di vera e propria celebrazione, del giudizio in senso stretto”.

⁶ Il tema dell’abuso del processo non risulta particolarmente approfondito in dottrina. In particolare S. CHIARLONI suggerisce l’introduzione di metodi alternativi anche per contrastare l’abuso del processo. Si veda S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 760.

Il punto è che partendo dallo squilibrio nei rapporti economici come premessa di fondo, è necessario chiedersi se, *a contrario*, gli strumenti informali rappresentano grazie alla procedura semplificata che li contraddistingue, una *chance* in più di tutela riconosciuta dall'ordinamento.

Passaggio successivo è quello di capire se tale *chance* sia anche in grado di ampliare il numero degli individui tutelati⁷, coloro ai quali la via giurisdizionale sarebbe comunque fin dall'origine preclusa a causa dei suoi elevanti costi.

Se, da un lato, è certamente vero che la sfida ed il problema principale dell'informalità risiedono nel dover contemperare garanzia e risultato, d'altro canto non bisogna mai dimenticare che la tutela informale nasce proprio dalla esigenza specifica di affrancare il concetto stesso di tutela dalle rigidità delle garanzie che caratterizzano la giurisdizione. In caso contrario sarebbe ingiustificata la sua stessa presenza all'interno dell'ordinamento⁸.

Con riguardo a questo profilo, l'esperienza angloamericana offre alcuni spunti interessanti.

Si sottolinea la consapevolezza che il problema reale non è incentrato sull'esistenza di imperfezioni connaturate alla semplificazione formale del procedimento, ma sulla necessità di individuare il confine entro il quale tali imperfezioni rientrano nell'ambito del fisiologico e sono quindi un costo accettabile della tutela informale⁹.

⁷ M. SHAPIRO, *Access to the legal system and the modern welfare State: american continuities*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to justice and the modern welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981, p. 285.

⁸ M. GIOVANNINI, *op. cit.*

⁹ Per quanto riguarda il sistema inglese, consultare A. FUSARO, *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 771 e ss.; A. LEGATT, *Tribunals for Users: Report to the Lord Chancellor on the Review of Tribunals*, 2001, consultabile sul sito www.tribunals-review.org.uk. Con riferimento agli Stati Uniti, si veda l'*Alternative Dispute Resolution Act (ADRA)* del 1998. Dalla lettura di questi testi emerge la necessità, particolarmente sentita negli ordinamenti di *common law*, di tenere sotto costante osservazione l'attività delle sedi di tutela alternativa, non già di metterne in discussione l'esistenza ma di migliorare costantemente il livello del servizio, in funzione dell'interesse del cittadino.

Concludendo, si ritiene di non dover parlare in termini di esclusione reciproca fra tutela formale e informale, quanto piuttosto di concorrenza e di scelta tra le diverse forme di tutela, e si può dire con sufficiente convinzione che appare fuori luogo definirsi fautori dell'uno o dell'altro sistema, erigendo baluardi dottrinali a tutela di qualsivoglia garanzia. Sembra opportuno guardare il fenomeno da una prospettiva diversa e più adeguata ai tempi, tentando di cogliere il punto, che non dovrebbe sussistere alcuna remora culturale, né giuridica, nel permettere e (magari) assecondare la diffusione e la pratica degli strumenti informali di tutela. Bisogna valutarne sempre l'opportunità rispetto al caso concreto, sostenendone la complementarietà rispetto al sistema giurisdizionale.

Come dato ulteriore e a conclusione di questo breve percorso in tema di *ADR*, sembra utile considerare il “Primo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia”¹⁰. Obiettivo di tale rapporto è stato delineare una prima mappatura dei centri di *ADR* attivi sul territorio, e della loro offerta di strumenti alternativi di soluzione delle controversie. L'idea nasce dal fatto che non risultava disponibile ancora alcun censimento completo dei centri che nel nostro Paese offrono tali sistemi. Così, nell'autunno del 2006, la Camera Arbitrale di Milano ha commissionato, sotto il controllo del proprio Centro Studi, una ricerca sulla diffusione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla giustizia ordinaria.

Emerge da questo rapporto una valutazione tendenzialmente positiva del fenomeno. E' evidenziato una buona diffusione degli strumenti oggetto di indagine soprattutto per quel che attiene alla conciliazione effettuata da centri (a ciò deputati dalla legge) o da istituzioni (pubbliche o private) che utilizzano la conciliazione per risolvere i loro reclami.

¹⁰ V. BONSIGNORE (a cura di), *Primo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, in Quaderni di Ricerca ADR – Centro Studi e Documentazione ADR della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, 2008, http://www.tuttocamere.it/files/camcom/Giustizia_Alternativa_Rapp_Centro_Studi_ADR_MI.pdf.

Infine, al di là delle previsioni e di pronostici, *“solo il tempo potrà dimostrare se i meccanismi alternativi al processo sono destinati a un lento e graduale –ma costante e definitivo- sviluppo, oppure alla desuetudine e all’oblio”*¹¹.

2. Profili comparati dell’analisi.

Il sistema delle comunicazioni elettroniche rappresenta un modello interessante da analizzare sotto diversi punti di vista, si pensi solo agli aspetti regolamentari, concorrenziali e di *adjudication*.

Se da un lato vige una forte influenza di matrice comunitaria che, da un lato, tende ad esaltare le differenze tra le autorità nazionali e, dall’altro, inevitabilmente le accomuna, non appare improbabile che tale dinamica si sposti a cascata a livello nazionale. Per quanto attiene all’articolazione a livello nazionale e locale si rendono opportune alcune osservazioni.

Paragonando le Autorità dei due ordinamenti analizzati si desume una profonda differenza della struttura a livello locale: se nel sistema inglese, a livello locale, non esiste un’articolazione dell’Autorità, in Italia, invece, vi è una forte presenza dei Co.Re.Com. che “governano” il settore delle comunicazioni a livello regionale. Si può discutere, tuttavia, del valore di tale previsione poiché se è vero che da un lato si realizza una forte diramazione a livello locale delle “regole dell’autorità”, dall’altro lato la stessa autorità sarà deputata al controllo sull’osservanza della disciplina anche a livello locale.

Tuttavia si può notare come non esaltai differenze di funzionamento conseguenti ad una differenza di strutture, delle risorse che hanno a disposizione e, quindi, del loro modo di funzionare. A livello domestico sembra accadere quanto si verifica a livello comunitario dove anche vi è un’autorità centrale (Berec-Agcom) e tante autorità locali (Autorità nazionali-Co.Re.Com.).

Anche a livello centrale, vi è una notevole differenza tra le procedure predisposte dalle due Autorità a confronto.

¹¹ Con queste parole si esprime A. SIMONATI, *op. cit.*

In Italia il Regolamento 173/07/CONS e s.m.i. prevede che tali procedure si svolgano all'interno dell'Autorità, secondo una precisa procedura e dinanzi ad uffici *ad hoc* che fanno parte dell'Autorità. Di contro, i rimedi esperibili nel Regno Unito sembrano essere stati *esternalizzati*; tali rimedi, hanno natura privatistica e sono esercitati da esperti esterni all'organizzazione dell'Ofcom. Compito dell'Autorità è quello di curare l'armonizzazione, l'integrazione il rispetto delle regole del mercato nel settore delle telecomunicazioni e gli operatori del mercato.

Nello svolgimento delle procedure alternative, invece, ciò che accomuna entrambe le *Authorities* è la funzione svolta dall'OTA, infatti, sia nell'ordinamento domestico che in quello d'oltre manica i compiti dell'*Office* sono riconducibili alla medesima *ratio*.

Altro aspetto comune, molto importante e caratterizzante le Autorità, è il loro essere autorità convergenti, ossia soggetti unici cui sono attribuite funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria. E' un aspetto, colto in sede nazionale (italiana) ed esportato, che si giustifica (ed è reso possibile) sulla base dell'evoluzione tecnologica che stiamo vivendo. La trasmissione delle informazioni diventa sempre più trasmissione di dati che tendono a *convergere* sulla stessa piattaforma tecnologica, regolamentata – appunto- da un'unica Autorità. Si tratta quindi di Autorità convergenti (in materia di audiovisivo, telecomunicazioni, diritto d'autore) poste a garanzia del settore delle comunicazioni nel suo complesso, potesse meglio operare in un settore caratterizzato da una così rapida evoluzione. La convergenza a ben vedere, oltre ad essere stata un'intuizione è stata ancor di più un'esigenza con l'avvento della digitalizzazione che ha pressoché annullato le differenze tra i diversi mezzi di trasmissione.

Per tali motivi l'esperienza italiana è stata presa a modello anche da altre realtà europee. In primo luogo dall'Ofcom; si ricorda, infatti, che l'autorità di regolazione inglese ha proceduto all'unione dei diversi settori in cui operava la precedente Autorità, istituendone una che ha inglobato in un *unicum* tutti i poteri relativi al settore delle comunicazioni elettroniche.

Nell'esperienza britannica¹² organismo assimilabile alle autorità amministrative indipendenti sono i *tribunals*, ossia soggetti che esercitano attività amministrativa in forme semi-giudiziali, aventi talvolta compiti relativi al perseguimento di determinati interessi pubblici individuati dal legislatore¹³.

In Gran Bretagna, a differenza di quanto avviene nei paesi dell'Europa continentale, l'apparato amministrativo non nasce come apparato tendenzialmente unitario, ma strutturato gerarchicamente e collocato in posizione servente rispetto all'esecutivo. Esso appare, piuttosto, come una rete di organismi e di istituzioni nata sulla base di specifiche esigenze, che vengono a rapportarsi con i poteri centrali dello Stato secondo modalità di volta in volta differenti. Tali organismi godono di una relativa indipendenza rispetto al Governo¹⁴.

Sulla base della comparazione delle Autorità di regolazione (tra *common law* e *civil law*), si riscontra una differenza nel modo in cui esercitano le proprie potestà.

In primo luogo si riscontra nell'Europa continentale una dialettica (democratica) che si basa sulla determinazione per legge degli obiettivi e delle modalità di realizzazione di interessi pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni, la cui dirigenza è nominata e controllata dal Governo.

Nei paesi di *common law* per evitare rischi di *unfair relationship* si utilizzano i meccanismi di *oversight, control, audit, evaluation*.

¹² Per un approfondimento: D.C. HAGUE, *Public Policy and Private Interests: the Institution of Compromise*, London, 1975; R. BARDWIN, C.MC CRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, 1987.

¹³ Si pensi, ad esempio, ai *Transport Tribunals*, il cui prototipo è rappresentato dalla *Railway and Canal Commission* istituita fin dal 1873 (dopo il fallimentare esito del tentativo, effettuato con la legge antimonopolio del 1854, di affidare le medesime funzioni alla giustizia ordinaria) per la risoluzione delle controversie tra utenti e gestori dei servizi. Attualmente gli *administrative tribunals* sono circa 80, e la loro competenza si è estesa dal settore originario del commercio e dei trasporti ad altri settori, quali il lavoro, l'immigrazione, la casa, l'assistenza o l'educazione.

¹⁴ Tale indipendenza è spiegata, molto spesso, dal fatto che alcuni di tali organismi sono espressione di una rappresentanza di categorie. L'unico organismo che la legge espressamente sottrae alle direttive governative è l'ACAS (*Advisory Conciliation and Arbitration Service*), che rappresenta uno strumento per la regolazione e la composizione dei conflitti collettivi nel mondo del lavoro.

Si tratta, soprattutto, di analisi tecniche e riscontri collaborativi in funzione di informazione delle assemblee legislative, complessivamente finalizzati a garantire l'affidabilità, la trasparenza, la credibilità, la responsabilità, l'efficacia e l'efficienza dell'azione dei poteri neutrali.

I poteri di cui sono titolari le Autorità indipendenti sono molto importanti e dovrebbero essere assoggettati a controlli e monitoraggio neutrali; molto spesso accade che il vantaggio di queste Autorità derivi dal prestigio degli uffici controllanti (ad esempio, l'imparzialità e la qualità delle ricerche del *General Audit Office* statunitense sono certificate annualmente da una commissione esterna).

Altro aspetto importante e comunemente riscontrato è il meccanismo di responsabilizzazione delle Autorità e la rigorosa applicazione del *due process*. Il ricorso ai principi per bilanciare il problema dell'*accountability* è comune ed è posto a garanzia del loro operato.

A livello generale si può dire che gli ADR presenti nel panorama italiano si caratterizzano per gli stessi aspetti presenti anche oltremarina, in primo luogo per la loro facoltatività. E' infatti dato comune che le parti volontariamente decidono di accettare il risultato del rimedio utilizzato e che una volta intrapresa la strada di una procedura alternativa si può sempre abbandonare. Certo il caso delle comunicazioni elettroniche impone l'obbligatorietà del suo esperimento, ma successivamente è rimesso alle parti se continuare con la procedura alternativa ovvero proseguire per le vie giurisdizionali.

Altro aspetto caratterizzante tali procedimenti, in genere, è la loro natura equitativa e il fatto che in nessun modo è prevista la possibilità di limitare l'azione giurisdizionale per la tutela dei propri diritti.

Altri punti di contatto si rilevano nei numerosi interventi resi dalle autorità di settore al fine di rendere possibile l'ingresso nel mercato ai nuovi operatori e di non essere ostacolati dall'(ex) monopolista. Ci si potrebbe, però, chiedere se, a fronte degli interventi e della regolamentazione intervenuta nel settore delle tlc, sia possibile pensare ad un'inversione di tendenza (nel medio-lungo periodo) che vede protagonisti proprio quegli operatori che hanno beneficiato dell'operato delle Autorità.

Tale inversione di tendenza potrebbe portare ad una deregolamentazione, non in virtù di una leale concorrenza retta solamente dalle “regole del gioco”, ma in nome dei profitti degli operatori. Deregolamentazione la cui causa sarebbe da ricercarsi non tanto in fattori endogeni, ma piuttosto da individuarsi quale conseguenza di una forte omologazione, quasi globalizzazione del sistema e del suo stretto legame con l’economia che governa.

3. L’interazione tra la funzione giustiziale e la funzione giurisdizionale.

Obiettivo dell’indagine è stato anche capire se il sistema italiano di giustizia poteva conseguire un miglioramento in termini di accessibilità, efficacia ed effettività con l’introduzione dei rimedi ADR (anche solo limitatamente al settore delle telecomunicazioni, temperando, ma immaginando di estendere eventuali ripercussioni e considerazioni anche in altri settori).

Nonostante tutte le problematiche del caso, pare si possa dare una risposta positiva a tale quesito stemperando, però, l’entusiasmo rispetto ad alcuni fattori.

In primo luogo, di importanza estrema, così come è estrema la difficoltà di realizzarla (soprattutto in Italia), l’indipendenza dell’Autorità, e delle persone fisiche che la costituiscono.

L’aspetto è molto delicato e di particolare attualità ai giorni nostri. Non si può dimenticare, inoltre, l’importanza di assicurare anche a livello regionale che i Co.Re.Com. operino in modo uniforme e nel rispetto delle disposizioni dell’Autorità, che a loro volta, spesso altro non sono che delle attuazioni di quanto approvato a livello comunitario.

Si è più volte sottolineato il sottile ma saldo confine tra la funzione esercitata dalle autorità amministrative indipendenti nell’esercizio del loro potere di dirimere le controversie e il tipico potere dei giudici di sentenziare su di una lite.

Non si può non considerare la difficile decisione di chi si accinge a usare una procedura di conciliazione presso l’Autorità delle telecomunicazioni, sul punto se farsi assistere da un rappresentante oppure no.

Nel caso di difesa assistita (che rappresenta il flusso maggioritario) indubbi vantaggi si avranno anche in merito alla considerazione generale dei rimedi alternativi. In questi casi anche gli avvocati non potranno manifestare il proprio disappunto dal momento che gli viene richiesta (ugualmente) una consulenza sul caso. Cambia la natura della consulenza ma non per questo si ha un aspetto negativo *ex se*.

L'attribuzione dei poteri, tradizionalmente estranei, in capo alle autorità è sintomatica di una realtà che cambia e che si adegua alle nuove necessità che emergono. Ogni cambiamento spaventa l'uomo, è nella sua natura, ma i "nuovi" poteri di cui sono titolari i regolatori sono lo specchio di una nuova relazione che si è instaurata tra la funzione amministrativa e quella giudiziaria, e non solo nel panorama italiano.

Sebbene tale equilibrio cambi da Paese a Paese, alcune certezze rimangono ben salde. In nessun ordinamento, infatti, si percepisce la volontà di scardinare la tutela giurisdizionale dal proprio ambito; questa rappresenterà sempre la più alta garanzia per la tutela dei propri diritti.

Se tale dato è inconfutabile, esso è tuttavia marginale rispetto a ciò che si vuole sostenere. Se è vero che la tutela giurisdizionale costituisce sempre il massimo grado e strumento per la tutela dei propri diritti, è pur vero che se gli ADR sono visti sempre come mezzo per un fine ulteriore e non nella loro potenzialità non assumeranno mai una rilevanza autonoma e di primo rilievo.

Per poter strutturare tutti i rimedi di giustizia esperibili come parti di un unico insieme è di fondamentale importanza riuscire a guardare a tali strumenti da un duplice punto prospettico: nella loro individualità e nella loro complessità come rimedio indispensabile di un sistema di cui fanno parte e nel quale sono riconosciuti a pieno titolo.

Appare opportuno chiedersi se le funzioni svolte dall'autorità, in particolare quella "giustiziale", siano regolate dagli stessi principi, oppure se questi si differenzino in relazione a particolari esigenze da tutelare.

Più precisamente ci si domanda se quando l'Autorità agisce come organo giudicante, ad esempio, opera nel rispetto del principio del contraddittorio; tuttavia ci si può chiedere se considererà –ad esempio- anche i principi di tutela del consumatore e della leale concorrenza, oppure se per ogni settore di competenza segue dei principi

cardine (che possono prendere il posto o cedere il passo, a seconda del punto di vista dal quale si guarda) che indirizzano la sua azione.

Ad una prima analisi, ed in base all'unicità dell'Autorità, si dovrebbe sostenere che nell'esperimento delle molteplici funzioni di cui è titolare, i principi che ne regolano l'attività siano i medesimi.

Ciò pare possibile alla luce di due argomentazioni.

La prima si fonda sul fatto che si tratta di "principi", ossia di un concetto generale ed astratto che per definizione è riconducibile a più aspetti che fanno parte di *un unicum*.

La seconda, corollario della prima, si basa sulla considerazione che seppure l'attività dell'Autorità ha una struttura articolata, così come le sue funzioni, queste pur avendo uno scopo specifico hanno altresì un fine comune che si fonda sui principi che regolano l'attività complessiva dell'Autorità.

Al contrario si può sostenere che, nell'esercizio delle sue prerogative, l'Autorità sia regolata da principi propri di ogni singola funzione, per cui, quando sarà investita del compito di dirimere una controversia, farà riferimento a principi diversi rispetto a quando dovrà favorire l'integrazione delle tecnologie e dell'offerta dei servizi di comunicazioni.

Questa seconda conclusione, sicuramente più pragmatica, trova riscontro nell'art. 29 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - rubricato "Principi di trasparenza, di partecipazione e del contraddittorio" - in base al quale "nell'esercizio delle proprie attività, l'Autorità s'ispira ai principi di trasparenza, della partecipazione e del contraddittorio stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241".

Tale disposizione può essere utilizzata a sostegno della "specificità" dei principi per due motivi: il primo è che si fa riferimento alla legge sul procedimento amministrativo; il secondo è che l'art. 29 è di apertura del Titolo II del Regolamento intitolato "Svolgimento dei procedimenti".

In linea con queste due argomentazioni si potrebbe, quindi sostenere che quando opera come "giudice" di una controversia, l'Autorità è guidata dai principi di

trasparenza, partecipazione e contraddittorio; principi diversi rispetto a quelli posti a tutela della concorrenza.

Si è detto che uno dei vantaggi di proporre istanza all'Agcom è la risoluzione della lite in tempi più ridotti rispetto a quelli giurisdizionali. Tale aspetto, però, potrebbe non trovare più applicazione ovvero essere soggetto a una determinata modifica in termini di dilazione dei tempi.

Attualmente la procedura di conciliazione innanzi all'Autorità, si può esplicitare in due momenti, uno necessario, e l'altro eventuale.

Si è venuto a configurare una sorta di doppio grado di giudizio anche innanzi all'Autorità. Infatti si rivolge la prima istanza al Co.Re.Com. territorialmente competente ed in caso di esito negativo della controversia si procederà a livello centrale, restando impregiudicata per i soggetti che hanno azionato la procedura di impugnare la delibera davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio in sede di giurisdizione esclusiva. In tal caso si immagini l'ipotesi in cui si proceda anche in via giurisdizionale e addirittura al Consiglio di Stato.

In questo caso piuttosto che velocizzare i tempi si sarebbe di fronte ad una vera e propria "trappola" del sistema.

L'obiettivo non è quello di creare delle alternative più o meno plausibili al sistema giudiziario; il punto è circoscrivere i settori nei quali è possibile prevedere tali strumenti ed offrire una giustizia specializzata.

Non appare errato pensare che il bilanciamento tra l'apparato amministrativo e quello giudiziario dipenda dall'ordinamento di riferimento e che sistemi di ADR che funzionano sono sintomatici di una grande organizzazione a livello amministrativo e di una notevole *expertise* in materia di capacità conciliativa che va ad influire positivamente anche sul sistema giudiziario che sarà alleggerito di parte di controversie su cui, in caso contrario, avrebbe dovuto intervenire.

Alla luce di queste considerazioni, quindi, le Autorità di cui si discorre ritroveranno la propria posizione all'interno dell'ordinamento *potenziate*, vedendosi riconosciuto il potere di offrire un'ulteriore forma di tutela e di vigilanza nel settore in cui operano.

Concludendo, si potrebbe sostenere che la magistratura non è più unica detentrica del potere di *fare giustizia* e che non detiene più, quindi, il monopolio dell'amministrazione della giustizia, vedendosi lentamente ma costantemente

affiancata da altri *Bodies* che possono essere investiti dell'onere di dirimere una controversia.

Si è visto che la funzione principale dell'Agcom è la tutela degli utenti dei servizi di telecomunicazione. A tal fine sono riconducibili altre attività quali la definizione di un sistema tariffario certo e trasparente, basato su criteri predefiniti.

Tuttavia, utilizzando le parole di uno studioso, *“non tutti i cambiamenti istituzionali, per quanto radicali, sono destinati a riflettersi immediatamente su caratterizzazioni profonde di una tradizione giuridica: secoli di storia non si cancellano con pur ambiziose operazioni di ingegneria istituzionale”*¹⁵.

¹⁵ U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in R.SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992.

BIBLIOGRAFIA

Monografie e volumi

- ABBONDANTE F., *L'ordinamento delle telecomunicazioni in Gran Bretagna tra continuità e discontinuità*, in COSTANZO P., DE MINICO G., ZACCARIA R. (a cura di), *I "tre codici" della società dell'informazione*, Torino, 2006;
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari-Roma, 1999;
- ANDENAS M., HESS B., OBERHAMMER P., *Enforcement Agency Practice in Europe*, BIICL, London, 2005;
- ANDRIOLI A., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979;
- AZOULAI L., *Gli sviluppi recenti dell'integrazione amministrativa europea attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in BATTINI S. VESPERINI G., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007;
- BAILEY S., JONES B. & MOWBRAY A., *Cases and materials on administrative Law*, London, 1992;
- BARDWIN R., C.MC CRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, 1987;
- BARILE P., *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958;
- BREALEY M. E HOSKINS M., *Remedies in EC Law*, London, 1998;
- BASSAN F. (a cura di) *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2009;
- BIRKINSHAW P., *Grievances, Remedies and the State*, London, 1994;

- BOYRON S., *Veille de droit administratif anglais, Droit Administratif*, 2007;
- BONELLI F., CASSESE S. (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999;
- BORSELLINO D., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale (dal difensore civico alla tutela del risparmio)*, Padova, 2007;
- BROWN J., MARRIOT A.L., *ADR Principles & Practice*, London, 1999;
- CADEDDU, S., *The European Commission: the Proceedings of the European Ombudsman*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2004;
- CAIANIELLO V., *Lineamenti del Processo amministrativo*, 1979;
- CANE P., *Administrative Law*, Oxford, 2004;
- CARETTI P., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna 2004;
- CARNELUTTI F., in *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936;
- CASSANO G. ,RISATI M., *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Ipsoa, 2003;
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010;
- CASSESE.S, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1968;
- CASSESE.S., *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE E C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale* (a cura di Cassese), I, Milano, 2003;
- CASSESE S., in *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2004;

- CASSESE.S (a cura di) *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2006;
- CASSESE.S (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006;
- CASSESE.S, *Diritti amministrativi nazionali e diritti amministrativi comunitari*, in M.P. CHITI E C. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo comunitario*, 2007;
- CASTENDYK O., DOMMERING E., SCHEUER A., *European Media Law*, London, 2008;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in F. FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003;
- CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “ autorità indipendenti”*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, BASSI E MERUSI (a cura di), Milano, 1993;
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923;
- CHITI M.P., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo IV, Il processo amministrativo*, Milano, 2000;
- CHITI M.P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003;
- CERRI A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973;
- CLARICH M., CARTEI G.F., *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004;

- CLARICH M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- CHERRY B. A., WILDMAN S.S., *An Institutional Perspective on Regulatory Regimes and Investment Decisions by Telecommunications Providers*, Series of Publications by the Academy of European Law Trier, edited by NIHOUL P., 2000, Vol 27;
- COATES K., *Regulating the Telecommunications sector: Substituting practical cooperation for the risk of competition*, in McCrudden (ed), *Regulating and Deregulation*, Oxford, 1998;
- COOPER F.E., *Administrative Agencies and the Courts*, Michigan, 1951;
- COTUGNO E.M., *La tutela del consumatore nell'esperienza dell'AGCOM*, in C. IURILLI, G. VECCHIO (a cura di) *Il nuovo diritto dei consumatori. Il contratto, la conciliazione, la tutela collettiva*;
- CRAIG P., *Administrative Law*, London, 2003;
- CUMMING G., SPITZ B., JANAL R., *Civil Procedure Used For Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, 2007 Kluwer Law International;
- CURWEN P., *Restructuring Telecommunications*, Macmillan Press, 1997;
- DAINITH T., *A Regulatory Space Agency*, Oxford, 1989;
- DASHWOOD & JHONSTON, *The future of the judicial system of the European Union*, Oxford, 2001;
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992;
- DE COCKBORNE J.E., *European Telecommunications policy: achievements and new challenges*, Series of Publications by the Academy of European Law Trier, edited by NIHOUL P., 2000, Vol 27;

- DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D., *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004
- DELLA CANANEA G., *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2002*, Milano, 2003;
- DELLA CANANEA G., *I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione*, in G. NAPOLITANO, (a cura di) *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007;
- DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi della Unione europea*, in M.P.CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007;
- DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituzioni*, Milano, 2008;
- DELLA CANANEA G., *Le comunicazioni elettroniche: convergenza dei mercati, divergenza delle regole*, in *La tripla convergenza*, (a cura di) A. CASTALDO, S. DA EMPOLI, A. NICITA, Roma, 2008;
- DI ROCCO M., SANTI A., *La conciliazione, profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano 2003;
- DONATI F., *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006;
- ELCOCK H.J., *Administrative Justice*, London, 1969;
- ELLIOT M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, 2001, Oxford;
- FALCON G., *Judicial Review of Administrative Action in Italy*, in L.VANDELLI (ed.), *The Administrative Reforms in Italy: Experience and Perspectives*, (2000).

- FARR S. & OAKLEY V., *EU Communications Law*, Thomson Sweet & Maxwell, 2006;
- FARMER J.A., *Tribunals and Government*, London, 1974;
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Milano, 1996;
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001;
- GAROOLI R., FERRARA G., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010;
- GARNER J.F., *Administrative Law*, London, 1967, 104;
- GENN H. *Tribunal and informal justice*, 1993;
- GERADIN D., MUNOZ R., PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU, A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar Publishing, 2005;
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970;
- GIARDA R., *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004;
- GIARDA R., BRUNO V., PEROTTI A., *The Italian Market for Electronic Communications*, Backer&McKenzie, Rome, 2005;
- GILES D., MARSHALL R., *Telecommunication Law*, Vol I-II, London, 2003;
- GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007;
- GOLDBERG S.B., SANDERS F.E.A., ROGERS N.H., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, 1992;

- GRAHAM G., *Regulating Public Utilities, a Constitutional Approach*, Oxford, 2000;
- GRADINETTI O., *La radiotelevisione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2000;
- HAGUE D.C., *Public Policy and Private Interests: the Institution of Compromise*, London, 1975;
- HAWKINS K., *Law as Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency* ,Oxford 2002;
- HARLOW C., RAWLINGS R., *Law and Administration*, , Cambridge, 2009;
- HARLOW C., *Accountability in the European Union*, Oxford, 2002;
- KATSH E., *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford, 1989;
- KNILL C., *The Europeanisation of National Administrations*, Cambridge, 2001;
- IBANEZ A. J. G. , *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, Oxford – Portland, 1999;
- IELO D., *L'agire legale delle Autorità in Italia e nei paesi esteri*, in S. MARIOTTI-P.G.TORRANI (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità Indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Milano, 2006;
- LATTANZI F., CANTELLA F., *Il servizio universale*, in (a cura di) F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, .2009;
- LAZZARA P. *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002;
- LE SUER A., *Administrative justice and the rise of informal dispute resolution in England, The Transformation of Administrative Law in Europe*, München, 2007;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980;

- MANETTI M., *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007;
- MARZI G., PROSPERETTI L., PUTZU E., *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, 2011;
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003;
- MATTEI U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992;
- MERRILS JG, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1998;
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
- MORBIDELLI G., *Procedimenti amministrativi delle Authorities*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici. Atti del Convegno di studi tenuto a Firenze il 16 febbraio 1996*, I, Firenze, 1997;
- MORBIDELLI G., MAZZAROLLI L. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001;
- MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001;
- MORBIDELLI G. (gen. ed.), CINTIOLI F. e POLICE A. (ed.), *Codice della Giustizia amministrativa* (2008).
- MOSTESHAR S., *European Community Telecommunications Regulation*, European Law Library, Graham & Tortman, 1999;
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001;
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005;
- NAPOLITANO G., in *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007;

- NAVA G., BRUNO F., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006;
- NEHL H.P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999;
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa (1976)*.
- NIHOUL P RODFORD P., *EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, 2004;
- NIHOUL P., *Les Telecommunications en Europe, Concurrence ou organisation de marché?*, 2004 UCL Presses Univeritaires de Louvain;
- PALMER M., ROBERTS S., *Dispute Processes. Adr and the primary forms of decision making*, London, 1998;
- PAJNO A., *La riforma del processo amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale, appendice al tomo IV*, Milano, 2001;
- PAJNO A., *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2001;
- PEREZ R. (a cura di) *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2003;
- PIERANI M., RUGGIERO E., *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie on-line*, Milano, 2002;
- PINELLI C. , *Art. 97 1° comma, parte II Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994;
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e dei poteri pubblici*, Torino, 2007;
- RANGONE N., *Le telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000;

- RICHARDSON G., GENN H., *Administrative Law and Government Action*, 1994, Oxford;
- ROBERT S, PALMER M., *Dispute Process: ADR and the Primary forms of decision-making*, Cambridge, 2005;
- ROBSON W.A., *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, 1928;
- ROCCO A., *La sentenza civile. Studi*, Milano, 1962;
- ROMANO A., VILLATA R. (ed.), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 2009;
- SAINSBURY R., *Internal Reviews and Weakening of Social Security Claimants' Rights of Appeal*, in RICHARDSON G. AND GENN H. (eds), *Administrative Law and Government Action* , Oxford, 1994;
- SANTORO- PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986;
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997;
- SCHERER J., "Relationship of Antitrust and Regulatory Remedies", in *Telecommunication Law and Policy of the European Union*, 2005, Baker&McKenzie, Frankfurt;
- SENEVIRATNE M., *Ombudsman; Public Services and Administrative Justice*, London, 2002;
- SCHWARZE J., *Administrative Law under European Influence, On the convergence of the administrative laws of the EU Member States*, Sweet & Maxwell, 1996;
- SHAPIRO M., *Access to the legal system and the modern welfare State: american continuities*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to justice and the modern welfare*

State, Firenze, European University Institute, 1981; S. SICA (a cura di) , *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2009;

-SIMMONS & SIMMONS, *Encyclopedia of European Telecommunications Law*, Sweet & Maxwell, 2001;

- SIMONATI A., *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, 2004;

- SIRAGUSA M., CIULLO S., *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, Roma, 2002;

- STEFANELLI A., *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 1994;

- STEHRMANN O., *Network Competition for European Telecommunications*, London, 1995;

- STIGLITZ J., *Globalisation and its Discontents*, London, 2003;

- SUPPERTSONE QC M., KNAPMAN L., *Administrative Court Practice*, Oxford, 2008;

- TACCOLA C., *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in Italia e in Europa*, in MASSERA A. (a cura di) *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli 2007;

- TESAURO G., D'ALBERTI M.,(a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;

- TITOMANLIO R., *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000;

- TRIVENS P., KEMMITT H., JONES K., *The UK Market for Electronic Communications*, 2005 Baker&McKenzie, London;

- VARANO V., *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973;
- WADE H.W.R, *Towards Administrative Justice*, *The University of Michigan Press*, 1963;
- WADE H.W.R., FORSYTH C.F., *Administrative Law*, Oxford, 2004;
- WALDEN I., *Telecommunications Law and Regulation*, Oxford, 2009;
- WRAITH R.E., HUTCHESON P.G., *Administrative Tribunals*, London, 1973;
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954 VII.

Articoli

- ABRAHAM A. , *The ombudsman and "paths to justice": a just alternative or just an alternative?*, in *Public Law*, 2008, 1;
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, VIII, Torino, 1993;
- ALLOTTI V., *Le privatizzazioni: la tutela dell'utente attraverso metodi alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria per la risoluzione delle controversie. L'esperienza inglese ed italiana e la dimensione comunitaria della questione*, in *Riv. dir. com. e dir. obbl.* 1998;
- ALPA G., *Un progetto per la giustizia minore: composizione delle controversie , ruolo dell'arbitrato, interessi di categoria*, in *Giust. civ.* 1992;

- AMATO G., *Autorità semi – indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1997;
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1997;
- ANSELMO A., *Il ruolo dell’Omdsman nell’ordinamento comunitario*, *Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, vol. IX/2011;
- ATELLI M., *Un primo commento alla delibera 173/07/CONS*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007;
- BASSAN F., *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996;
- BEARD, T R., KASERMAN, L.D., MAYO, W J. *Regulation, Vertical Integration and Sabotage*, *Journal of Industrial Economics*, 49, 2001;
- BENSON B.L., *Economic freedom and the evolution of law*, *Cato Journal*, 1998;
- BEVENUTI F., in *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952;
- BENVENUTI F., voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, p. 743;
- BRISBY P., *The regulation of telecommunications networks and services in the United Kingdom*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006;
- BOYRON S, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, *Public Law*, 2006;
- BUONFRATE A., LEOGRANDE A., *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2/1999;

- CADEDU S., *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, Riv. It. Dir. Pubbl. com, 2001;
- CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in Riv. Trim. dir. pubb. 1/2000;
- CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, Foro italiano, 1996;
- CASSESE S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2/2002;
- CASSESE S., *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in Giorn. dir. amm. 6/2002
- CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – saggio di diritto comparato*, in Riv. trim. dir. pub., 4, 2007;
- CASSESE S., *Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria* (2 maggio 2007), Relazione in occasione della lezione tenuta presso il Centro per la storia del pensiero giuridico moderno dell'Università di Firenze;
- CASSESE S., *Nel labirinto delle globalizzazioni*, Riv. trim. dir. pub., n. 4, 2007;
- CAVE M., SCHURMER M., *Business Strategy and Regulation of Multi-Media in the UK*, in *Communications et Strategies*, 19, 1995;
- CEGLIO F., *Le sentenze della “terza via” nel processo amministrativo*, in Giorn. Dir. Amm., 2007;
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in Dir. amm. riv. trim. 2/2003;
- CHIARLONI A., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in Riv. dir. proc., 1996;

- CHIARLONI S., *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1988;
- CHITI M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, Riv. Ital. Dir. Pub. Com. 2001;
- CHITI M.P., *La trasformazione delle Agenzie europee*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1, 2010;
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in Dir. Processuale amm. 4/2004;
- COBEN JAMES R., *Mediation's dirty little secret: Straight talk about mediator manipulation and deception*, Alternative Disp. Resol. Emp. 4, 2000;
- CHOEN M., GOULD N., *ADR appropriate dispute resolution in the UK construction industry*, in Civil Justice Quarterly, 1998;
- COLVIN A., *The new mediation in Italy*, in Arbitration, 7, 2010;
- COMOGLIO L.P., *La riforma del processo amministrativo*, in Rivista di diritto processuale, n. 3, 2001;
- CORDI E., *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in Dir. proc. amm. riv. trim. 1/2002;
- CORTES P., *Developing Online Dispute Resolution for Consumer in EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers*, in International Journal of Law and Information Technology, Oxford, 2010;
- CROWNIE C.H., *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice*, in New York Law Review (76), 2001;
- DAVIES J., SZYZYCYAK E., *ADR: effective protection of consumer rights?*, in European Law Review, 2010;

- D'ALBERTI M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003;
- DELSIGNORE M., *L'arbitrato nei servizi di pubblica utilità: considerazioni in attesa di un regolamento*, in *Dir. Proc. Amm. Riv. Trim.*, 1/2002;
- DENTI V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980;
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2002;
- DE MINICO G., *The 2002 EC Directives on Telecommunications: Regime up to the 2008 ongoing revision – Have the goals been reached?*, *European Business Law Review*, 2008;
- DELLA CANANEA G., *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, n. 5, 2001;
- DELLA CANANEA G., *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2005;
- DELLA CANANEA G., *La funzione giustiziale delle Autorità indipendenti*, in *Quaderni della SPISA*, Bologna il 14 marzo 2008;
- DELLA CANANEA G., *La definizione delle controversie: dall'Autorità ai comitati regionali*, Relazione all'incontro di studio organizzato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Roma, 19 marzo 2009;
- DEMSETZ H., *Why Regulate Utilities*, *Journal of Law and Economics*, 11, 1968;
- DIAMANTI E., LACAVA C., *Osservatorio delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.* 3/2005;

- DIAMANDOUROS N.P., *Improving EU Competition Law Procedures by Applying Principles of Good Administration: The Role of the Ombudsman*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, VOL. 1, N. 5;
- DICK K., *Ofcom stands firm on anti-competition complaint and dispute guidelines*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005;
- DLER M., *A Socio-Legal Approach to Administrative Justice*, in *25 Law and Policy*, 2003;
- DOYLE M., P.FENN, *Ombudsmann*, in *Arbitration* , 4, 2003;
- EDWARDS H.T., *Alternative dispute resolution: Panacea or Anathema?*, *Harvard Law Review*, 1986, 99
- FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991;
- FRANCHINI C., *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002;
- FUSARO A., *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001;
- GENN H., GENN Y., *The Effectiveness of Representation at Tribunals*, London, Lord Chancellor's Department;
- GIANNINI M.S.:*Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;
- GIANNINI M.S. , PIRAS A, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1970;
- GIOVANNINI M., *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Quaderni della SPISA*, Bologna il 14 marzo 2008;

- GRECO S., *Le procedure di conciliazione nelle direttive comunitarie sui servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 5 /2001;
- IRTI N., SEVERINO E., *Le domande del giurista e le risposte del filosofo. Un dialogo su diritto e tecnica*, in *Contratto e impresa*, 2000, Vol. 16;
- LEGATT A., *Tribunals for Users: Report to the Lord Chancellor on the Review of Tribunals*, 2001;
- LIBERTINI M., *I rapporti tra Ministero e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001;
- LIBERTINI M., *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2002,
- LIBERTINI M., *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.* 2/2005;
- LONGOBARDI N., *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2005;
- LOWE P., RAWLINGS H.F., *Tribunals and the Laws Protecting the Administration of Justice*, in *Public Law*, 1982;
- MACOLINO A., *Le ADR nel sistema delle comunicazioni di massa: tentativo di conciliazione ed arbitrato dinanzi all'Autorità per le garanzie nella comunicazioni*, *Giust. Civ.*, 2, 2007;
- MARCHETTI B., *La giustizia amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.* 11, 2009;
- MARUOTTI L., *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AAVV, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999;

- MATTARELLA B.G., *Partecipation in Rulemaking in Italy*, Workshop “Partecipation in Rulemaking in Europe”, Osnabruck, 12 Febbraio 2010;
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2001;
- NIGRO M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *R. T. D. Pubbl.* 1832 (1972);
- PAJINO A., *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1995;
- PAJINO A., *L’effettività della giustizia amministrativa*, in AA.VV., *L’insegnamento di Vittorio Bachelet venti anni dopo: giustizia e garanzia nei rapporti con le istituzioni*, Roma, 2002;
- PAJINO A., *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir proc. amm.* 3/2004;
- PAJINO, *La giustizia amministrativa all’appuntamento con la codificazione*, in *Dir.proc.amm.* 2010;
- PERZ R., *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, , in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996;
- PEREZ R., *Le funzioni di OFTEL in Gran Bretagna*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1999, p. 863.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997;
- PUGLIESE F.P., *Sui tribunali amministrativi in Inghilterra*, *Dir. soc.*, 1973, 481 ss.;
- PUNZI C., *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Del dir*, Agg. vol. IV , Giuffrè 2000;
- REGHIZZI C., *seminario AISA Le procedure extragiudiziali in Italia: un nuovo servizio per l’impresa ed i consumatori*, Bologna, 26-27-28 marzo 1998;

- ROMEO G., *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. processuale amm.* 3/2004;
- SALTARI L., *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.* 5/2005;
- SANDER F.E.A., *Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview*, in *University of Florida Law Review*, 1985;
- SANDULLI A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964;
- SANDULLI A., *La tutela giurisdizionale nella "controversie in materia di pubblici servizi"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 5/2001;
- SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989;
- SAUTER W., *The role of European Economic Law in the Information Society: balancing private freedom and public interests in the context of convergence between telecommunications, media and information technology*, Series of Publications by the Academy of European Law Trier, edited by Nihoul P., 2000, Vol 27;
- SCARSELLI G., *Limiti al diritto di azione e interventi della Corte costituzionale nel processo civile*, nota a Corte Cost., 1 luglio 1986, n. 179, in *Foro it*;
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995;
- SENEVIRATNE M., *Ombudsmen 2000, Professorial Inaugural Lecture*, Nottingham Law School, April 17, 2000, *Nottingham Law Journal*;
- SILVERSTRI E., *Conciliazione e mediazione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, 2007;

- SIMONCINI M., *Amministrazione giustiziale e autorità amministrative indipendenti: profili comparati di tutela*, *Law Electronic Journal*, n. 15, 2009;
- SPARANO R., *Italy new ADR rules for the communications market*, in *International Technology Law Review*, 2001;
- SPULBER D., *Deregulating Telecommunications*, *Yale Journal on Regulation*, 25, 1995;
- STICCHI DAMIANI S., *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica*, *Riv it. Dir. Pubbl. com*, 2003;
- SUPPERSTONE Q.C. M., STILIZ D., SHELDON C., *ADR and Public Law*, *Public Law*, 2006;
- *Telecommunications Policy*, *Harvard Journal of Law and Technology*, 1, 2008;
- VERDE G., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, *Dir. Proc. Amm.*, 1998;
- VILLATA R., *Inammissibilità e improcedibilità: III – Procedimento e processo amministrativo*, in *Enc. Giur.* XVI, Roma, 1989;
- WEINSTEN S., *Ofcom, Information-Convergence and the Never Ending Drizzle of Electric Rain*, *International Journal of Communications Law and Policy*, London, Winter 2003/2004.

LETTERATURA GRIGIA

- BONSIGNORE V., (a cura di), *Primo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, in *Quaderni di Ricerca Adr*, 2008,

http://www.tuttocamere.it/files/camcom/Giustizia_Alternativa_Rapp_Centro_Studi_ADR_MI.pdf;

-CHIARLONI S., Fuga dalla giustizia ingiusta;

-CZARNEZKI J.J., *An empirical investigation of judicial decision making, statutory interpretation & the Chevron doctrine in environmental law*, in http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jason_czarnezk

- DEL RE F., Dal giudice conciliatore alla conciliazione;

- DENTI V., I riti alternativi civili: caratteristiche e potenzialità;

- *EC Telecommunications Law*, European Practice Library, Vol. 1 e 2, Chancery Wiley, Denton Hall;

-FRANCE E., *A new ombudsman service*, Journal Article - Adviser 2003, 9 September;

- GILARDI G., Per una magistratura “professionale”;

- JOHNSON C., *A Case Study: Ofcom and the Future of Radio*, 2007, in www.estuaryfirm.co.uk/casestudy.pdf;

-LANDIS J. nel 1938, lezioni tenute alla *Yale Law School* dedicate a *the administrative process*.

-PATRONI GRIFFI F., *La sentenza amministrativa*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>;

- SANTANIELLO, convegno del 23 gennaio 2002 presso la Camera dei Deputati, *Il ruolo delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano e nella prospettiva europea*;

-STADERINI M., *La risoluzione delle controversie tra operatori ed utenti: casi pratici. Il ruolo dei Co. Re. Com.*.

- Consumatori, utenti e imprese, la soluzione delle controversie nel sistema delle comunicazioni, Roma 18 novembre 2004
- *Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Direction*, BRUCE R.R., MACMILLAN R., ELLAMT J., INTVEN H., MIEDEMA T., *International Telecommunication Union*, <http://www.itu.int/en/pages/default.spx>
- *Legal and economic Aspects of Telecommunications*, S. Schaff ed.;
- *The Changing Role of Government in an Era of Telecom Deregulation: Regulatory Implications of Telecommunications Convergence*, Geneve, December 1996;
- *Journal of ADR, Mediation and Negotiation*;
- *Telecom Italia, Relazione annuale, attività e risultati*, 2010;
- www.ilsole24ore.it
- www.agcom.it
- www.agcm.it
- www.autorita.energia.it
- www.diritto.it
- www.eejnet.org
- www.giustizia.it
- www.interlex.com
- www.dirittoeuropeo.it
- www.ocde.org
- www.ofcom.org.uk

- <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/topcomm/qos-report/>.
- www.ofcom.org.uk/complain/mobile/company/billing/adr_cmplnt
- www.ofcom.org.uk/telecoms/ioi/g_a_regime/gce/
- www.ofcom.org.uk/telecoms/ioi/g_a_regime/gce/cvogc150807.pgf
- www.ota-italia.it;
- www.offta.org.uk/;
- www.ictregulationtoolkit.org/en/index.html;
- www.itu.int/en/pages/default.aspx;
- http://erg.eu.int/doc/whatsnew/irg_erg_resp_review_rf_final271006.pdf;
- www.bbc.co.uk;
- www.uncitral.org;
- www.camera-arbitrale.it;
- www.adrcenter.com;
- www.mediationsociale.com.